EL CONSTITUCIONALISMO COMO DISCURSO POLÍTICO

PIERANGELO SCHIERA



CÁTEDRAS DE EXCELENCIA
UNIVERSIDAD CARLOS III-SANTANDER



El constitucionalismo como discurso político

El constitucionalismo como discurso político

Pierangelo Schiera

Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2012

Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.com

Diseño: TallerOnce

ISBN: 978-84-15455-55-4

Depósito Legal: M

Versión electrónica disponible en e-Archivo
http://hdl.handle.net/10016/13962

Índice

INTRODUCCIÓN

La idea de este libro y su factura como pequeña monografía ha nacido bajo el sol de un cálido invierno madrileño, gracias a la ayuda competente y afectuosa de Manuel Martínez Neira, el profesor que me invitó a la Universidad Carlos III de Madrid (Getafe) donde he pasado seis meses de magnífico retiro científico.

En realidad he estado ocupado en otros temas, en concreto la posibilidad de utilizar el criterio de “medidas” para comprender mejor ciertos caminos de la historia constitucional moderna europea, que estoy casualmente estudiando desde hace cincuenta años. Creo que esto me ha empujado a enfrentarme con una visión del constitucionalismo como “discurso político” que se aleja un poco de la opinión común, tal vez hasta deformar la esencia “liberal” que comúnmente se le atribuye[1].

Como se verá en las referencias incluidas en el texto, me ocupo de manera directa del tema desde hace mucho tiempo: en concreto desde que tomé conciencia, hacia el final de un fructuoso trabajo en el Instituto histórico italo-germánico de Trento en el lejano 1994, de la peculiaridad que la historia constitucional puede representar en la amplia gama de los estudios que se dedican a la comprensión del sistema político, en sus elementos constitutivos estructurales, que nunca pueden prescindir de una perspectiva de tipo historiográfico.

Quizás sea bueno comenzar por aquí y explicar brevemente cuales son los contenidos que tiendo a atribuir a los términos que uso, sin pretender apropiarme de la verdad: se trata de usos convencionales, a los que me he habituado poco a poco durante esta larga investigación y

1 C. Margiotta, “Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci”, *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 30 (2000), pp. 387 ss.

que continúan pareciéndome útiles, en su sobriedad, para lograr el nivel de comprensión al que aspiro, que no es de tipo ontológico sino simplemente descriptivo. Pero en una línea de continuidad que permita insertar también el desarrollo de la política en la línea evolutiva –histórica pero también, en mi opinión, filogenética– en que la humanidad se encuentra desde siempre.

Mi concepto de constitución es de matriz indiscutiblemente alemana y debe su configuración al influjo cruzado de dos grandes maestros que he tenido la suerte de traducir y difundir en la cultura política italiana: Otto Hintze[2] y Otto Brunner[3]. Al que se une la continua referencia (tanto de ellos como mía) a Max Weber y también –aunque de manera más articulada y compleja– a Carl Schmitt[4]. En conclusión, podría decir que para mí la constitución es algo que está entre la estructura político-social de una época y la unidad política de una población humana determinada. Un aspecto tal vez un poco más peculiar de mi propuesta interpretativa es la insistencia sobre la componente "doctrinal" del mundo constitucional, que me ha llevado a traducir la constitución en la síntesis doctrinas-instituciones[5] a través de la cual debería poderse caracterizar, de manera históricamente determinada, los distintos elementos de la historia política de los hombres, sobre todo en lo que se refiere a Occidente.

Esta última posibilidad es la que, en mi opinión, está contenida en el uso que propongo de historia constitucional, obviamente siempre en la estela de los grandes pensadores en los que me inspiro[6]. Mi historia constitucional nace en realidad de la perspectiva más estrecha de la historia del pensamiento político, que en el ordenamiento universitario italiano se llama preferiblemente –en parte por su fundación fascista– "historia de las doctrinas políticas". Gracias a la Escuela de la que procedo, la de

2 P. Schiera, *Otto Hintze*, Napoli 1974; O. Hintze, *Stato e società*, edición de P. Schiera, Bologna 1980.

3 O. Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano 1971; Íd., *Terra e potere. Strutture prestatuali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano 1983 (con introducción mía).

4 M. Losito/P. Schiera (eds.), *Max Weber e le scienze sociali del suo tempo*, Bologna 1988; C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna 1972.

5 L. Blanco (ed.), *Dottrine e istituzioni in Occidente*, Bologna 2011.

6 P. Schiera, "Per la storia costituzionale", *Giornale di Storia costituzionale* 19 (2010), pp. 17-27.

Gianfranco Miglio[7], que me ha llevado a considerar las doctrinas no en su enfática y predecible pretensión de decir verdades sobre las cosas de la política sino en su concreta capacidad de intervenir sobre los problemas singulares de la vida en común de los hombres, en particular en cuanto reguarda a los aspectos organizativos y más propiamente administrativos de la misma.

Por lo que se refiere al constitucionalismo, adelanto que este libro termina declarando la muerte del mismo. Se trata sin embargo de una "muerte legal", ya que es el mismo sujeto el que desaparece. Desde hace más de un siglo se habla de esta desaparición, pero siempre con la esperanza de recuperarlo. Últimamente se intenta repetidamente reproducirlo como un clon, en condiciones externas generalmente comprometidas y con resultados casi siempre contraproducentes. Así, en mi historia constitucional aparece por mérito propio la historia administrativa, la cual –desarrollada no de manera exclusivamente técnico-formal– constituye incluso parte preponderante.

¿Qué hacer?

En primer lugar, he intentado mostrar la excepcional importancia histórica del fenómeno durante el siglo y medio al que limito su existencia activa: un periodo bastante largo para un sistema político, sobre todo en tiempos de rápida aceleración como los que siguen a la "gran transformación". Al hacerlo, he estado tentado de atribuir al constitucionalismo caracteres más amplios y diversos que los habituales, tanto en términos cronológicos como de contenido. Así me ha sido posible acentuar lo que concibo como su elemento más estructural y constitutivo: el recurso al derecho (en sus múltiples manifestaciones: legislativas, ejecutivas, jurisdiccionales pero también científicas y doctrinales, por no decir ideológicas) como "campo" privilegiado donde se ha realizado su recorrido. Porque se trató de un verdadero y auténtico camino, que perseguía un "proyecto jurídico" que había acompañado desde el inicio el experimento político europeo[8], en nombre –si se me permite algo de retórica de carácter *ri-*

7 G. Miglio, *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, 2 vols., Milano 1988.

8 P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I: *Da Hobbes a Bentham*, Milano 1974.

sorgimental– de aquella "libertad" de la que Sismondi había escrito una historia, precisamente en los inicios del mismo constitucionalismo[9].

Mi insistencia sobre el derecho viene en realidad a subrayar otro carácter fundamental de la "parte" de historia constitucional de la que nos estamos ocupando al hablar de constitucionalismo: el de la "unidad de ordenamiento" dentro del cual éste último se ha realizado y sin el cual ni siquiera hubiera podido subsistir. Unidad de ordenamiento quiere decir también "unicidad" de este último: es decir exclusividad respecto a la existencia de otros "fueros". Y esto en un doble sentido: por una parte contra el pluralismo "jurisdiccional" y "autonómico" (no solo constituido por "privilegios") propio del antiguo régimen[10]; por otra también contra la "identidad" plural que en ese periodo poseía el hombre, tanto en relación consigo mismo como hacia los respectivos grupos de pertenencia[11]. Bajo el primer aspecto, me parece posible sugerir que el maravilloso atributo de la soberanía (generalmente situado en el inicio de la fundación del Estado moderno, por obra de Jean Bodin) alcanzó su plenitud solo con el paso del absolutismo al sistema constitucional posrevolucionario/restauración. Bajo el segundo aspecto, me limito a presentar desde otro punto de vista la celebrada cuestión del denominado "individuo", como sujeto único y privilegiado de ese sistema y de la misma política contemporánea, encuadrada en la figura socio-ideológica de la "sociedad civil" (*socialité*, *civil society*, pero sobre todo *bürgerliche Gesellschaft*: para completar el cuadro de mis dependencias de la cultura política alemana). Me parece que en el nuevo "ordenamiento" encontró al final seguridad y representación

9 J.C.L. Simonde De Sismondi, *Storia delle Repubbliche italiane,* Torino 1996, edición de P. Schiera (nueva traducción de la *Histoire de la renaissance de la liberté en Italie,* aparecida primero en inglés y después en francés, con este título, en 1832, como síntesis políticamente determinada de la gran obra que Sismondi había publicado en 16 volúmenes: *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Age,* Zürich/Paris 1807-1818).

10 B. Clavero, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea,* Madrid 1982.

11 R. Koselleck, *Critica illuministica e crisi della società borghese,* Bologna 1972 (con introducción mía); P. Schiera, "Disciplina, Stato moderno, disciplinamento: considerazioni a cavallo fra la sociologia del potere e la storia costituzionale", en P. Prodi (ed.), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna,* Bologna 1994, pp. 21-46; Íd., "Dall'identità individuale all'identità collettiva. O piuttosto problemi di legittimazione?", en P. Prodi/W. Reinhard (eds.), *Identità collettive tra medioevo ed età moderna,* Bologna 2002, pp. 197-216.

solo ese individuo que poseía los bienes constituidos por la educación y la fortuna suficientes para sobrevivir más allá de los ligámenes de protección que, en la antigua sociedad estamental del absolutismo, servían de barrera ante la dureza de la vida.

Bajo ambos aspectos, el constitucionalismo ha sido una respuesta eficaz y rápida a las necesidades del momento, impuestas por insuperables urgencias históricas, que generalmente se identifican con el empuje de la revolución industrial pero que naturalmente tenían raíces profundas en la misma mentalidad de los hombres y en el profundo cambio de criterios y medidas producido con el despegue de esta nueva "edad moderna". Pero –como se ha dicho mil veces, y de manera insuperable por Tocqueville– con la guillotina no hubo un repentino paso de la esclavitud a la libertad. Hubo por el contrario una increíble –pero lenta y progresiva– mejora de las condiciones de vida de los hombres, de la seguridad de la vida y también, ciertamente, de la dignidad civil y política. El mérito corresponde al constitucionalismo por su capacidad de ofrecer una "medida" nueva de regulación de las relaciones de los hombres entre ellos y con el poder. Una medida que, a primera vista, parece estar basada en la perfecta sintonía entre los dos grandes pilares que son la economía y el derecho, sobre los que la traviesa de la constitución ha formado el portal de un edificio social sólido y muy eficiente[12]. Al estar "regulado" por las exigencias y las necesidades concretas de los individuos que estaban en grado de reconocerse, de identificarse, en la primacía de la economía y del derecho.

Sin embargo, se trataba solo de una medida: destinada como todas las medidas a envejecer, a sufrir modificaciones internas y externas, por el continuo cambio tecnológico y social. Una medida en suma que, antes o después, debía ser sustituida por otras.

Esta es la consideración que he podido realizar en torno al constitucionalismo, durante mi permanencia en España. Y ella me ha movido a publicar de manera monográfica este pequeño libro que seguramente no será la versión final de mi opinión sobre la materia, pero por ahora representa un balance –ante todo para mí– de la conjunción misteriosa, y también maravillosa, que subyace al trabajo de investigación, sobre todo

12 Reaparece aquí, de nuevo, la «politisch-soziale Bauform einer Zeit» de mi concepción hintze-brunner-schmittiana de la constitución, que cultivo desde los lejanos tiempos de mi traducción al italiano de E.-W. Böckenförde, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo XIX. Problematica e modelli dell'epoca*, Milano 1970.

al que se dedica al estudio de los hombres y al enigma de su sociabilidad. Una conjunción entre el deseo de comprender cómo se ha producido y la esperanza de llegar a entender lo que sucederá. Ya que aunque el constitucionalismo haya terminado su ciclo, sus frutos no deben dilapidarse. Debemos ser capaces de trasplantarlos a nuevos "campos" para que produzcan más frutos, quizás distintos, pero ciertamente más abundantes en la medida en que lleguen a más gente y puedan ser apreciados según los gustos y costumbres de ella.

La metáfora quiere referirse al otro tema que ahora me interesa, en conexión con el de la medida, y que suele llamarse sintéticamente "globalización". Mi impresión es que en un mundo global es difícil reproducir sistemas de regulación del poder –y también de relaciones entre los hombres– con una base exclusivamente jurídica y económica. Pero no sé ir mucho más allá de esta constatación. Aunque el estudio de la historia constitucional de Occidente me ha convencido de que en ella el elemento de unidad y de unicidad siempre se ha entretejido (como la trama y los hilos) con el del pluralismo y la diversidad. Como el elemento de la eficiencia siempre ha convivido con el de la participación. Salvo que cada vez, según las necesidades dominantes, uno u otro de esos elementos ha adquirido hegemonía hasta dar la impresión, tal vez, de haber destruido completamente a los otros.

No creo que la historia constitucional futura de la humanidad pueda separarse mucho de este cuadro, así como no creo que la hegemonía de la teoría y praxis jurídico-económica deba ser eterna. Mezclando todos estos ingredientes, es probable que surja –tras agitarlos bien– un cóctel aceptable. Pero hay que probarlo primero.

Para encuadrar de manera plausible la siguiente interpretación del constitucionalismo en la, más amplia y compleja, historia del Estado y quizás también de la política, permítaseme sintetizar mi pensamiento sobre ello. El Estado (moderno)[13] no es más, a mis ojos, que lo "político" tomado en su momento culminante (respecto a la precedente experiencia,

13 E. Rotelli/P. Schiera (eds.), *Lo Stato moderno*, I: *Dal Medioevo all'Età moderna*; II: *Principe e ceti*; III: *Accentramento e rivolte*, Bologna 1971-1974; G. Miglio, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, nueva edición de y con introducción de P. Schiera, Brescia 2007; P. Schiera, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna 2004.

externamente policéntrica e internamente conflictiva del medievo[14]) de poder. El "príncipe" de Maquiavelo y la "soberanía" de Bodino han sido los indicadores de mayor éxito. He afirmado recientemente que ese "Estado" fue por mucho tiempo la "medida" política del poder en la edad moderna hasta la llegada, precisamente, de la "constitución".

Esta última ha intentado superar el Estado en su momento culminante de prestación de orden y seguridad (*Gute Ordnung und Policey* fue la expresión de moda del cameralismo alemán durante más de un siglo, entre el XVII y el XVIII[15]), transformando el motivo dinámico de la "felicidad de los súbditos" en un conjunto de intervenciones y medidas estatales, con base inicialmente fiscal-administrativa[16], y cada vez más jurídica[17]. El movimiento en curso de la sociedad se entretejía obviamente con el desarrollo de las ideas y prácticas ilustradas, dando una impronta cada vez más activa, en vez de pasiva, a las necesidades de felicidad que originaba y transformándolas progresivamente en pretensiones de "derechos". Este conjunto es lo que defino como "necesidad de constitución" y es el mal que ha atacado las estructuras del Estado y de la sociedad de antiguo régimen (para los alemanes la *altständische Gesellschaft*, contrapuesta a la ya citada *bürgerliche Gesellschaft*) provocando, según las reacciones de los distintos países, reforma o revolución[18].

14 P. Schiera, "Il Buongoverno 'melancolico' di Ambrogio Lorenzetti e la 'costituzionale faziosità' della città", *Scienza & Politica* 34 (2006), pp. 93-108; A. Zorzi, "I conflitti nell'Italia comunale. Riflessioni sullo stato degli studi e sulle prospettive di ricerca", en Íd. (ed.), *Conflitti, pace e vendetta nell'Italia comunale*, Firenze 2009; P. Costa, *Bonum commune e partialitates: il problema del conflitto nella cultura politico-giuridica medievale*, in corso di stampa.

15 H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, München 1966; P. Schiera, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968. Véase también, con una orientación distinta, A. Wakefield, *The Disordered Police State. German Cameralism as Science and Practice*, Chicago/London 2009.

16 Este es el sentido de la creación, en 1727, de las dos cátedras de cameralística en las universidades prusianas de Halle y de Fráncfort del Óder, por obra del rey Federico Guillermo I.

17 Federico II caracterizó en tal sentido su empeño en la misma dirección "de policía" del padre, hasta llevar a cumplimiento la gran codificación del *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, publicada en 1794, poco después de su muerte.

18 R. Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1781 bis 1848*, Stuttgart 1967. Pero sobre ello ya había incidido, con gran resolución, Alexis de Tocqueville, con su *Ancien Régime et la Révolution*, de 1856.

Con la constitución comienza a no valer ya el Estado como es ("estado", precisamente), sino como debe ser. Su criterio ya no es la soberanía sino el ordenamiento, que es la suma de soberanía y orden que produce drásticamente unidad y unicidad de gobierno y sociedad (civil)[19]. Esto sucede gracias a procesos de asimilación cultural (en alemán *Bildung*) de la población que, románticamente, puede convertirse en "pueblo" si se es capaz de encontrar la fórmula justa (lengua, historia, costumbres: en una palabra "nación"). Sobre el pueblo se inserta los grandes elementos de la soberanía y del consenso, a través de la capacidad comunicativa y circulatoria de la opinión pública.

Soberanía popular, monarquía constitucional y poder legislativo son los mecanismos fundamentales del constitucionalismo, en los que se expresa plenamente la degeneración del viejo Estado a través del agravamiento –en sentido unitario y exclusivo– de la función del derecho, y después de lo social[20].

El conjunto del proceso fue rápido pero al mismo tiempo muy viscoso, es decir difícil de apresar en la regularidad de su desarrollo. Sin embargo, me parece necesario realizar el esfuerzo de una lectura que intente mantener unidos episodios aparentemente tan distintos como el movimiento de independencia americana, la revolución francesa, las luchas de liberación de Napoleón, la restauración del Congreso de Viena y el liberalismo de la primera mitad del siglo XIX (para los alemanes *Vormärz*: es decir el periodo que corre entre Viena y las revoluciones "liberales" iniciadas en marzo de 1848). No veo ningún obstáculo para usar el término-concepto "constitucionalismo" para describir lo que estoy exponiendo, aunque sé que otros estudiosos, de manera comprensible y legítima, lo entienden con otros significados. Para intentar dejar todavía más clara mi intención, retomo alguna señal que ya había puesto al comienzo de mi interés por el tema[21], intentando explicar de esa manera la última cosa que

19 P. Schiera, "Melancolía y Derecho. La confrontación entre individuo y disciplina a favor del ordenamento", en C. Petit (ed), *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación* (Textos de A. Hespanha, A. Mazzacane, P. Schiera y P. Costa), Madrid 1997, pp. 115-160.

20 P. Schiera, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, cit.

21 Este libro es, de alguna manera, una reflexión "discursiva" que he realizado con mi mismo durante el periodo de estudio en la Carlos III de Madrid, sobre temas que estaba estudiando desde los tiempos de mi primer periodo berlinés en los años 90 del pasado siglo, dando lugar a tres congresos internacionales y las respectivas publicacio-

quiero explicar aquí: es decir el título de este libro, en el que el constitucionalismo se asimila a "discurso político".

Al trazar en 1997 las premisas histórico-político-culturales de la floración del constitucionalismo, como fenómeno europeo de circulación de modelos inspirados en la misma necesidad de una nueva "medida" de vida políticamente organizada, listaba los siguientes factores:

la tendencia proto-científica, tanto en el ámbito naturalista como en el ámbito humanista, a la construcción de visiones sistemáticas de los distintos mundos, según criterios de tipo organizativo-orgánico[22];

el interés creciente a incluir en tal tendencia la clasificación de los comportamientos humanos, en las relaciones cotidianas dentro de la nueva sociedad burguesa[23];

el nacimiento y progresiva organización de nuevas agregaciones humanas, en formas asociativas destinadas a sustituir los viejos tipos estamentales de agregación: esto dentro del fenómeno más general de formación de un "público" que se refería tanto a aspectos culturales (teatro, conciertos, bibliotecas) como sociales de la naciente vida burguesa[24];

nes de las actas: M. Kirsch/P. Schiera (eds.), *Denken und Umsetzumg des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1999; M. Kirsch/P. Schiera (eds.), *Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich*, Berlin 2001; M. Kirsch/A.G. Kosfeld/P. Schiera (eds.), *Der Verfasungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft. Konstitutionalismus um 1900 im europäiaschen Vergleich*, Berlin 2002. Pero el núcleo central del presente libro retoma, con algunos cambios, mi ensayo "Das europäische Verfassungsdenken um 1800: Komponenten und Zielrichtung eines europäischen Konstitutionalismus", en P. Brandt/M. Kirsch/A. Schlegelmilch, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel.* I: *Um 1800*, Bonn 2006, pp. 127-164 y un segundo ensayo en prensa en el vol. II del mismo *Handbuch*.

22 E.-W. Böckenförde, "Organ-Organismus-Organisation", en O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart 1974-1997.

23 A. von Knigge, *Umgang mit Menschen*, Berlin 1788: sobre el mismo véase P. Schiera, "Staatsräson, Benehmen und Melancholie: Ein politischer Teufelkreis der italienischen Renaissance?", en L. Schorn-Schütte (ed.), *Aspekte der politischen Kommunikation im Europa des 16. und 17. Jahrhunderts. Politische Theologie – Res Publica-Verständnis – konsensgestützte Herrschaft*, München 2004, pp. 329-346.

24 T. Nipperdey, *Gesellschaft, Kultur, Theorie. Gesammelte Aufsätze zur neueren Geschichte*, Göttingen 1974; O. Dann (ed.), *Vereinswesen und bürgertliche Gesellschaft in Deutschland*, München 1984.

la creciente conciencia de este público y de estas asociaciones para prestar atención y progresivamente participar en el movimiento de reforma en curso: lo que estuvo facilitado, a partir de un momento, por la extensión de una movilización a favor de la "liberación" de la ocupación napoleónica[25];

el surgimiento de la categoría "ciencia" como criterio de medida y verificación de los distintos procesos de modernización en curso: en el plano filosófico de las distintas corrientes idealistas y románticas[26], en el de la formación de técnicos y empleados públicos[27], y finalmente en el de la formación de los ciudadanos[28].

Concluía esta reseña provisional observando que "el constitucionalismo puede servir de conclusión como de con-causa de ese cambio de época que tras el dominio plurisecular de los principios primero escolásticos, después humanistas y barrocos del *bonum commune*, de la razón de Estado y de la felicidad material de los súbditos, revelaba el sentido y la esencia de la política en una 'autonomía' de la sociedad y del Estado ahora científicamente fundada sobre propias leyes y con propias formas"[29].

Sigo pensando que la justificación más funcional del constitucionalismo es la que se puede derivar de la doctrina, especialmente alemana, de la contraposición entre Estado y sociedad. En la composición de estos dos factores está en efecto el sentido –de otra manera difícil de apreciar en su aparente contradicción– de la "síntesis histórica" revolución y restauración que cambió el curso de la política entre los siglos XVIII y XIX. Esto gracias a la instauración, durante un periodo largo y afortunado, de

25 Koselleck, *Preußen*, cit.

26 C. De Pascale, *Etica e diritto. La filosofia pratica di Fichte e le sue ascendenze kantiane*, Bologna 1995.

27 M. Borch, *Obrigkeit und Widerstand. Zur politischen Soziologie des Beamtentums*, Tübingen 1954; W. Bleek, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg. Studium, Prüfung und Ausbildung der hoheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert,* Berlin 1972; K.P. Tieck, "Riforme amministrative e profilo etico del funzionario dotto in Prussia (1808-1830)", *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento* 16 (1990), pp. 215-261.

28 Schiera, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987.

29 P. Schiera, "Konstitutionalismus, Verfassung und Geschichte des europäischen politischen Denkens. Überlegungen am Rande einer Tagung", en Kirsch/Schiera (eds.), *Denken und Umsetzung*, cit., p. 27.

la unidad y unicidad de orden jurídico y económico por los hombres que la necesitaban, que fue la fuerza motriz –y hegemónica– de la alabada burguesía. Un proceso, que estuvo también protagonizado por el Estado, que venía de más lejos. Y el proceso se expresaba en formas históricas precisas, que sin embargo no deben identificarse ni confundirse con su verdadera naturaleza y esencia. Esto sirve, por ejemplo, para las cartas constitucionales, para el movimiento a favor de los derechos del hombre o para las primeras manifestaciones de interés por el socialismo. De estos alimentos se nutrió obviamente también el constitucionalismo, y una buena historia del constitucionalismo debería tratarlos a fondo, para representar el carácter "completo" que tuvo, resumiendo en modo variable todos los aspectos que al inicio he puesto dentro de la historia constitucional a la que tiendo. También esta vez, me quedo en la manifestación de la intención, ya que todo lo que he logrado hacer ha sido aludir en el título del libro a este fascinante problema.

"Discurso político" fue ciertamente el constitucionalismo desde la mitad del siglo XVIII hasta la mitad del siglo XIX, pero quizás se pueda decir hasta la Primera guerra mundial, en el sentido de que –cuando las circunstancias del momento estuvieron maduras– supo traducir en prácticas los objetivos de nuevos sujetos políticos (sintetizados en la burguesía) y supo individuar los instrumentos técnicos necesarios (sintetizados en el derecho en sus distintas manifestaciones), dentro de un cuadro integrado (hegelianamente) de manera elástica de instituciones y de doctrinas que derivan del contenedor multiuso de la constitución. Se trató, en mi opinión, del mejor resultado que podía encontrar ese "proyecto jurídico" que, según Pietro Costa, durante siglos había acompañado el desarrollo de la civilización política europea. El proyecto se convierte en discurso cuando pasó de los gabinetes de los profesores a los despachos de los operadores comerciales y de los funcionarios estatales y se mostró como un conjunto real de cosas por hacer, usando dos fuerzas todavía no aprovechadas completamente: la de la razón y la de la voluntad. El proyecto se convierte en discurso gracias también a la acción conjunta de dos grandes factores de modernización: por una parte la ciencia, por otra la opinión pública.

Pero de nada sirve hablar continuamente de "factores" si no se recuerda que tras ellos había hombres y grupos de hombres concretamente operantes, titulares de necesidades y de técnicas para satisfacerlos. Un discurso es tal porque circula y esto de la circulación me parece que es

otro elemento imprescindible del discurso político constitucional. La circulación era característica peculiar de las doctrinas ilustradas[30], pero en el siglo XIX su ritmo crece, también gracias a la expansión del desarrollo tecnológico. Este último por otra parte no podía sino responder a las exigencias de esos mismos hombres ya mencionados. Por ello el siglo del constitucionalismo decimonónico fue también el de la refundación de la Universidad, partiendo como suele pasar de Alemania y del modelo humboldtiano, que fue sin embargo estudiado y copiado en otros muchos países, incluidos los emergentes Estados Unidos de América.

Un discurso –para concluir y para volver sobre mis pasos– con base fuertemente jurídica, al límite de una verdadera y auténtica hegemonía del derecho sobre las otras ciencias sociales. Esto justifica en buena medida también una visión en clave jurídica de la constitución y del mismo constitucionalismo. Se entiende que en el siglo XIX fuese así. Se entiende menos hoy, cuando me parece que el derecho atraviesa una profunda crisis como todas las disciplinas superespecializadas en las que se ha fraccionado el sistema de las "ciencias sociales y del Estado". El constitucionalismo es un proceso que se ha convertido en algo distinto de lo que era (el Estado en su manifestación de monopolio de la fuerza legítima –o más simplemente del poder– en la lección clásica europea[31]) y está destinado a ir más allá –o quizás ya lo ha hecho, como sugiero en la parte conclusiva de este libro–.

30 F. Venturi, "La circolazione delle idee in Europa", *Rassegna storica del Risorgimento*" XLI (1954).

31 M. Stolleis, *Die Idee des souveränen Staates*, in *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens.Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 15. 3.-17. 3. 1993* (Beihefte zu "*Der Staat*", 11) Berlin 1996, p. 82; D. Willoweit, "Die Herausbildung eines staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozess des modernen Staates", en A. Randelzhofer/W. Süss (eds.), *Konsens und Konflikt*, Berlin 1986.

Parte primera

Iusnaturalismo y revolución

1
Estado y sociedad

Para un espectador actual, el constitucionalismo aparece como un mecanismo de percepción (desde el punto de vista doctrinal) y de regulación (desde el punto de vista institucional) de las formas de convivencia organizada, un mecanismo capaz de poner y de mantener unidos –en la línea de la tradición política occidental inspirada en el bien común– los dos productos principales de esa tradición: el Estado y la sociedad. Quiero subrayar por ello, por una parte, el origen antiguo del fenómeno "constitucional" incluso en los términos propios de la vieja Europa de la "societas civilis sive status" que, durante largo tiempo, dominaron la política occidental[1] y, por otra, su proyección ideológica posterior, más cercana a nosotros y a nuestro "gusto" político, en los términos de la acertada fórmula política del siglo XIX de la "separación del Estado y la sociedad"[2].

Pero, al mismo tiempo, también quiero afirmar con claridad que, al hablar de constitución y de constitucionalismo soy consciente de que me refiero a una fase de la historia humana –europea y occidental, del siglo XVII al XX– que hoy parece estar en crisis, cuando no ya en vías de extinción; probablemente porque ha perdido intensidad la "necesidad" presente durante más de tres siglos en Europa y en Occidente –superada por otras que aún no reconocemos con suficiente evidencia– de "darse" una constitución. Trataré de seguir las huellas de la "necesidad constitucional" para tratar de esbozar la reconstrucción de los orígenes del constitucionalismo moderno, partiendo de las condiciones de las que parece haber surgido y haberse desarrollado esa necesidad.

1 O. Brunner, *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 3ª ed., Göttingen 1980.

2 W. Conze (ed.), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, Stuttgart 1970.

Aunque esto pueda no gustar a los paladares finos del constitucionalismo de cuño "liberal", no hay mejor punto de partida que la definición que Thomas Hobbes proporciona de *Civil Law* en ese manifiesto, no solo del Estado moderno sino también de la política moderna, que es su *Leviatán*[3].

En el capítulo XXVI expresamente dedicado al tema, precisa que entiende por "ley civil" el conjunto de leyes que los hombres deben obedecer, no por ser miembros de este o aquel Estado, sino porque, en general, son y se consideran "parte" de una obligación política. En efecto, esa ley no es un mandato cualquiera, sino –como diríamos nosotros– un mandato "legítimo", ya que procede de una autoridad (el príncipe) que tiene la pretensión reconocida de ser obedecido por aquel a quien se dirige (el súbdito). La ley es, por lo tanto, mandato del propio Estado, es decir, de la *Commonwealth*, para la definición de lo que es justo o erróneo, de lo que es contrario a la regla de gobierno (*Rule*)[4]. Arrancar con Hobbes permite también sacar el constitucionalismo de la perspectiva algo reduccionista de mera oposición al absolutismo del antiguo régimen para darle, en cambio, un valor más amplio y estructural como elemento esencial de la dinámica del Estado moderno, dentro de los límites en los que fue capaz, precisamente durante el antiguo régimen, de dar respuesta a las nuevas necesidades que salieron a la luz por el nacimiento y la primera consolidación de la sociedad civil.

Normalmente, la historia del constitucionalismo se reconstruye a partir del factor "sociedad", dirigiendo la atención sobre todo hacia el tema de los derechos y de la participación de los ciudadanos y determinando así las "dos vías" del propio constitucionalismo[5], con la consecuencia obvia de proyectar en él, hasta el Antiguo Régimen por no decir más allá, conceptos, sentimientos y categorías propias de ese siglo de las ideologías (el siglo XIX) que fue también el siglo por excelencia de las constituciones[6]. En cambio, considero necesario introducir también el factor

3 Th. Hobbes, *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, London 1651.

4 M. Ricciardi, «Hobbes», en R. Gherardi (ed.), *La politica e gli Stati. Problemi e figure del pensiero occidentale*, Roma 2004, pp. 115-124.

5 L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna 1998.

6 R. Blänkner, «Der Vorrang der Verfassung. Formierung, Legitimations- und Wissensformen und Transformationen des Konstitutionalismus in Deutschland im ausgehenden 18. und frühen 19. Jahrhundert», en R. Blänkner/B. Jussen (eds.), *Institutionen*

"Estado" en el discurso sobre el constitucionalismos en el "periodo de las revoluciones"[7]. Así pues, quisiera proponer una especie de "historia constitucional del constitucionalismo"[8], que trate de sacarlo de la interpretación civil-burguesa que se le da habitualmente como etapa inicial del gran episodio "liberal" decimonónico, para recuperar en cambio sus elementos estructurales, los fundamentales, en la línea básicamente "estatal" de la evolución política de Occidente.

Un primer problema sería el de comprobar si es verdad, como sostuvo en su tiempo Werner Näf[9], que un pensamiento constitucional propiamente dicho solo pudo desarrollarse en países como Francia y las colonias inglesas de América del Norte, donde, gracias a la explosión revolucionaria, el Estado logró una constitución totalmente nueva en la que la unión de *Herrschaft* y *Gemeinschaft*, es decir de poder monárquico y representación civil, pudo encontrar, por una parte, una nueva justificación y, por otra, posibilidades operativas reales. Si el problema se reduce a la superación de eso que en Alemania se llamó *altständische Gesellschaft*[10] y en Francia *société corporative*[11], es entonces admisible exaltar los impulsos procedentes de la revolución con su pretensión primordial de eliminar los privilegios (es decir, los viejos estamentos) y de sacralizar el Tercer estado (es decir, los nuevos intereses burgueses). Pero si el discurso se

und Ereignis. Über historische Praktiken und Vorstellungen gesellschaftlichen Ordnens, Göttingen 1998, pp. 295-325.

7 L. Bergeron/F. Furet/R. Koselleck, *L'Age des révolutions européennes (1780-1848)*, Paris 1973.

8 O. Büsch, «Gesellschaftlicher und politischer Ordnungswandel in europäischen Ländern im Zeitalter des Konstitutionalismus. Ansatz und Appell zu einer vergleichenden europäischen Geschichtsbetrachtung», en O. Büsch/A. Schlegelmilch (eds.), *Wege europäischen Ordnungswandels. Gesellschaft, Politik und Verfassung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Hamburg 1995, pp. 1-20.

9 W. Näf, «Der Durchbruch des Verfassungsdenkens im 18. Jahrhundert», *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte*, 11 (1953), pp. 108-120.

10 R. Blänkner, «Von der "Staatsbildung" zur "Volkswerdung". Otto Brunners Perspektivenwechsel der Verfassungshistorie im Spannungsfeld zwischen völkischem und alteuropäischem Geschichtsdenken», en L. Schorn-Schütte (ed.), *Alteuropa und Frühe Moderne. Deutungsmuster für das 16. bis 18. Jahrhundert aus dem Krisenbewußtsein der Weimarer Republik* en *Theologie, Rechts- und Geschichtswissenschaft*, pp. 87-135.

11 L. Blanco, «La storiografia "corporativa" e "costituzionale" di Emile Lousse: osservazioni e linee di verifica», *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento* 13 (1987) pp. 271-326.

amplía para comprender, junto a la dimensión civil también la monárquica, y examina sobre todo la faceta organizativa, administrativa y material de la vida política, entonces sigue teniendo valor incluso para Francia la interpretación dada en su momento por Hedwig Hintze de la persistencia del elemento federal a lo largo y más allá de la Revolución francesa[12]. Por lo demás, ese elemento federal es también perfectamente congruente con la tradición histórica alemana[13] y, como enseguida veremos, con la de la propia Inglaterra y su expansión ultramarina americana. Quiero decir con esto que los esfuerzos de racionalización y de reforma realizados en los principales Estados europeos en el periodo absolutista fueron considerados, si no como fases preliminares del constitucionalismo moderno, sí al menos como motores de un proceso que, puesto en marcha y apoyado también en otros factores –en particular los relativos a la sociedad civil–, no podía quedarse en la superficie funcional y organizativa de la vida pública.

Debían cuestionarse también los elementos más vitales de la legitimación y de la economía, que representan –remitiendo, por una parte, a los dos planos de los valores y de los sentimientos de la ciudadanía y, por otra, a las necesidades o intereses materiales burgueses– los dos extremos de la nueva dinámica política lanzada y sostenida por el impulso del primer capitalismo. Se trataba, como ha recordado Reinhart Koselleck en uno de los primeros actos de su magisterio historiográfico[14], del contexto "burgués" que estaba naciendo, consciente de ser indispensable en lo "político" para la vida del Estado, pero también de su déficit "jurídico" como representación de las nuevas condiciones de "ciudadanía". Un contexto formado de intereses comunes, de estilos de vida homogéneos, de mentalidades semejantes (se trata de la opinión pública que está naciendo[15]) y sobre todo de conciencia individual, y por eso a la búsqueda también de formas de representación general –como dirá Rousseau autorizada y de-

12 H. Hintze, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Frankfurt am Main 1989.

13 R. Koselleck, «Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat», en O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, vol. I, Stuttgart 1972, pp. 582 ss.

14 R. Koselleck, *Kritik und Krise. Zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, 2ª ed., München 1976.

15 J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1990.

finitivamente con su *volonté générale*– y ya no solo “estamental” o “corporativa”.

Desde este punto de vista, debemos considerar que el constitucionalismo tuvo, desde el principio, cuatro elementos principales: el de la tradición (aplicable sobre todo, con el significado que adquirió posteriormente, al caso inglés, pero con un papel decisivo también en Francia y en Alemania); el pragmático, por llamarlo así (típicamente americano pero a su vez inseparable de la tradición inglesa de la *ancient constitution* y no muy diferente del reformismo francés o alemán del antiguo régimen) de los Estados Unidos de América; el de la revolución (americana y francesa, pero sin olvidar que el fenómeno revolucionario-constitucional se había activado en la Inglaterra del siglo XVII y de allí se exportó en clave constitucional a toda Europa y luego al resto del mundo); y el último, pero no por ello menos importante, el de la reforma (quizá más visible en el caso alemán pero decisivo también en Inglaterra, y que tampoco se puede olvidar en Francia si se piensa en los esfuerzos finalmente fallidos para fundar una auténtica monarquía administrativa tras la muerte de Luis XIV).

Pero, en mi opinión, ha de aclararse que a esta clasificación no le corresponde en modo alguno una serie de modelos alternativos ni, por así decir, “nacionales” de constitucionalización de la política y del Estado, mientras deberían tratarse más bien los distintos elementos del mismo fenómeno (el constitucionalismo) que tienen entre sí una correspondencia variable, para que pudiera determinarse, según las circunstancias, la misteriosa mezcla de cada uno de los casos históricos. Esta realidad será especialmente evidente en el siglo XIX, colmado de intentos continuos por mantener unidos los elementos citados.

2
Los elementos tradicionales del constitucionalismo europeo a través del ejemplo inglés

Pero probablemente existe un secreto y se encuentra, en mi opinión, en la superioridad "crono" y "lógica" del caso inglés. Como se acaba de recordar, se basa en la tradición (aunque acompañado como se ha indicado de pragmatismo, revolución y reforma), pero presenta también un contenido originario más específico que, hasta hoy y puede que también en el futuro, ha sido probablemente un rasgo relevante e indestructible del constitucionalismo occidental. Me refiero al tema crucial de la "tutela" del individuo en la comunidad.

Me lo parece, por ejemplo, el derecho de nacimiento (*birthright*) del que habla De Lolme[1], pero también podría ser la propia esencia de la *commonwealth* de la que se ocupa, entre otros, Blackstone[2]. Aquí se encuentra, además, la razón última de la idea, típicamente anglosajona y a la vez profundamente constitucional, de la corporación-asociación (*corporation-trust*), que luego fue retomada en su momento por Maitland en una simpática polémica con Gierke[3], pero que entretanto representó un papel muy importante en la evolución constitucional norteamericana, no solo en el sentido de la combinación que allí se recibió de los "pode-

1 J. L. De Lolme, *La Constitution d'Angleterre ou l'État du Gouvernement Anglais comparé avec la forme républicaine et avec autres monarchies de l'Europe*, Amsterdam 1771; véase: Íd., *Constitución de Inglaterra*, estudio y edición de Bartolomé Clavero, Madrid 1992.

2 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols., Oxford, 1765.

3 P. Schiera (ed.), *Società e corpi. Scritti di Lamprecht, Gierke, Maitland, Bloch, Lousse, Oestreich, Auerbach*, Napoli 1986.

res públicos" [4], sino también en el tocquevilliano de la "democracia en América"[5].

Esta especie de cadena lógica –que hunde las raíces en el pluralismo medieval y en la correspondiente capacidad de los juristas de entonces para apropiarse, siguiendo una nueva dirección política, de conceptos y categorías de tipo asociativo propias del antiguo derecho romano– es totalmente inglesa pero fue decisiva para las transformaciones constitucionales de todo Occidente hasta la actualidad: o mejor dicho, esta es una de las herencias más fructíferas que la tradición constitucional occidental puede "ofrecer como dote" (o dejar en herencia, una vez agotadas por completo sus pretensiones hegemónicas) al resto del mundo como contrapeso, en cierto sentido, a los conflictos provocados por la práctica desmedida de la globalización.

Si, en efecto, el *birthright* se considera como el más simple y a la vez el más sólido fundamento individual de la libertad que ofrece el pensamiento político occidental, la concepción "corporativa" de la *commonwealth*, es decir de la comunidad política o del Estado, supone una hipótesis de pluralismo (cuando no de federalismo) que solo puede servir de antídoto al exceso de estatalismo implícito en el fundamento hobbesiano de la política y del Estado modernos[6].

Me parece que la dimensión "histórica" que toma aliento en torno a la *Commonwealth* contiene el rasgo dominante de la reflexión constitucional inglesa, sobre todo a lo largo del siglo XVIII. Para esta opinión me baso en particular en la obra de De Lolme y Blackstone, pero no es inútil recordar la tradición secular de los denominados contratos de gobierno (*Herrschaftsverträge*)[7], que suministraron en Inglaterra, desde la época de la Conquista, los ejemplos más gloriosos y con mejores resultados a partir de la *Charter of Forest* y de la más conocida *Magna Charta*[8].

Se trataba, en mi opinión, de una tradición muy presente en la an-

4 M. Calise, «Corporate Authority in a long-term Comparative Perspective. Differences in Institutional Change between Europe and the United States», *Beihefte zur Rechtstheorie*, Berlin 2002, pp. 307-324.

5 A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris 1835.

6 E. Rotelli/P. Schiera (eds.), *Lo Stato moderno*, 3 vols., Bologna 1971-1974.

7 W. Näf, *Die Herrschaftsverträge des späten Mittelalters*, Bern 1951.

8 F. Thompson, *Magna Charta: its role in the making of the English constitution: 1300-1629*, Minneapolis, 1950; A. L. Poole, *From Domesday Book to Magna Charta: 1087-1216*, Oxford 1955.

tigua concepción del "bien común"[9] pero que ya había fijado en la Edad moderna sus dos pilares en los temas fundamentales y ejemplares de la legitimación y de la economía, como confirmación de la importancia adquirida en Inglaterra por la "sociedad civil", entendida no como una simple suma de individuos o de intereses privados, sino como algo que pertenece precisamente a la propia *commonwealth* y, por lo tanto, tiene relación tanto con la presencia del individuo en la comunidad como con la acción de gobierno incluso frente a los individuos. En las *Lectures of Jurisprudence*, Adam Smith hablaba expresamente de la "naturaleza del gobierno civil" (*nature of civil government*), que sería la base de la división del trabajo y, por consiguiente, de la diferencia entre los pueblos primitivos y los civilizados, incluso como vanguardia de la disciplina y del orden público: los dos criterios para el funcionamiento tanto de la economía como del ejército.

En este marco también estaban comprendidos los derechos, como parte integrante del origen "histórico" de la constitución inglesa, como puede verse precisamente en Blackstone y De Lolme.

De hecho, me parece que el motor de la transformación –con la continuidad que debía caracterizar necesariamente la antigua constitución (*ancient constitution*)– se encuentra para ambos en la idea de "representación" en la que entonces se condensaba (y en la que sigue consistiendo todavía hoy) la posición del individuo en la comunidad. Una representación de tipo general pero de base individual que, a su vez, se inspira en una constante preocupación de tipo pedagógico-político, necesitando cada vez menos la antigua "disciplina social" propia del sistema de estamentos y encaminada en cambio a la nueva forma de uniformidad social "burguesa" de la "opinión pública".

El "sentido común" de Paine[10], que tanto éxito tuvo en la experiencia revolucionaria y constitucional de Norteamérica, se convierte no solo en un lugar social y de comunicación de la convivencia en libertad, sino en su premisa ética. Precisamente en Inglaterra, la diatriba asociada a las dos

9 P. Hibst, *Utilitas publica-Gemeiner Nutz-Gemeinwohl*, Frankfurt am Main 1991; M. S. Kempshall, *The Common Good in Late medieval Political Thought*, Oxford 1999; H. Münkler/H. Bluhm (eds.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Historische Semantik politischer Leitbegriffe*, Berlin 2001; P. Schiera, *La misura del ben comune*, Macerata 2010.

10 Th. Paine, *Common Sense*, Philadelphia 1776.

revoluciones en torno al vínculo que se debía establecer entre los intereses individuales y las leyes establecidas por el soberano continuó durante el siglo XVIII siguiendo las fluctuaciones acostumbradas entre el punto de vista optimista (como, por ejemplo, con Shaftesbury y Pope) y el pesimista (con Mandeville y Burke). Pero lo específico inglés es el hecho de que allí se lograra un punto de unión de una gran eficacia gracias al éxito de una concepción ya arraigada desde la época isabelina en la filosofía inglesa, no solo la política sino la científica en general: el utilitarismo.

Desde el punto de vista filosófico, Hume fue el fundador de esta línea más seguido, por el simple hecho de sostener que «la única medida a partir de la cual puede ser resuelta cualquier controversia es la opinión general». Esto representa un paso importante hacia la emancipación de la reflexión política de la doctrina del contrato social, proporcionándole una base aceptable y adaptada a la época para transformarla en "ciencia", y ello gracias sobre todo al recurso a la historia o, mejor, a una nueva concepción más científica de la historia; que fue la que triunfó después con el historicismo durante el siglo XIX, y fue también el cauce permanente del progreso teórico y práctico del constitucionalismo.

Aplicada al producto definitivo de la doctrina del contrato, es decir, a la declaración de derechos del hombre, la concepción de Hume conduce a Burke y a su poderosa obra de denuncia de la revolución (francesa)[11], en una mezcolanza no siempre fácil de entender entre motivaciones utilitaristas (el alto grado de insatisfacción de los hombres por la destrucción del orden social) y motivaciones conservadoras (la Revolución francesa en particular supone, ante todo, una violación del ideal de humanidad porque se opone al Cristianismo).

Lo que me parece relevante para una reflexión sobre el constitucionalismo como la que estoy desarrollando es que Burke condenó la Revolución francesa basándose en argumentos de tipo constitucional referidos históricamente a la experiencia fundamental de la revolución inglesa *whig* que, según él, no contenía desde luego, ni siquiera en la obra de su representante más ilustre, John Locke, las premisas para un desarrollo tan drástico y subversivo como el que se produjo en tierras francesas. La "razón soberana, elemento supremo para cualquier forma de legislación",

11 E. Burke, «Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London relative to that Event», en *A Letter intended to have been sent to a Gentleman in Paris,* London 1790.

es para Burke el antídoto para la improvisación y para el desorden; se basa en la ciencia y en la historia, y está lejos de los "perjuicios que se guardan en el alma" en los que, en cambio, parecen inspirarse los movimientos revolucionarios de su época. Lo mismo puede decirse de los nuevos derechos por los que se lucha: tienen un fondo de verdad metafísica pero al ponerlos en práctica se vuelven falsos inmediatamente, tanto en el plano moral como en el político.

Burke, como un auténtico *whig*, pretende permancer fiel a la doctrina del contrato pero no acepta la conclusión histórica que de ella extrajeron los revolucionarios americanos y franceses. Y de este modo, vive en un dilema no resuelto entre la condena de los principios, y sobre todo de la práctica revolucionaria, y la conservación del principio fundamental de la necesidad y del carácter originario del contrato social. La solución al dilema solo llegará con el utilitarismo pleno de Bentham, pero entre tanto, la denuncia burkiana del jacobinismo supone un contrapeso dialéctico relevante a la difusión del credo revolucionario y, en el futuro, aún representará un terreno más estable de concentración y recuperación de ideales y prácticas constitucionales, cuando la propia revolución haya "acabado" –como dirá Napoleón después de haber conquistado el poder absoluto– dejando tras sí residuos incompatibles con las exigencias de desarrollo del constitucionalismo europeo en relación con los problemas de la llamada "restauración".

En opinión de De Lolme, el objeto central de la constitución son las «[...] causas que produjeron originalmente la libertad de Inglaterra o por las cuales todavía se conserva». Su esquema interpretativo es, pues, elemental y muy pragmático: libertad a través del gobierno, en un marco de materialismo y de evolución histórica[12]. Una libertad que necesita de "sujetos" capaces de estipular "pactos" para crear "confederaciones sólidas y numerosas" (*close and numerous confederacies*); sujetos dotados de la "igualdad primitiva" (*primeval equality*, los barones normandos de la Conquista) e iluminados por un "spirit of liberty", capaces por ello de "confederacy". Así pues, la constitución descrita por De Lolme tiene una base, no solo histórica, sino también pacticia, transaccional; por eso es dinámica y está relacionada con el compromiso, no está ligada a dogmas ni a ideales, sino que se dirige empíricamente a objetivos concretos; también porque todo se apoya casi desde el principio, por lo tanto históricamente,

12 De Lolme, *La Constitution d'Angleterre*, cit.

en la unidad territorial y política del Reino: «Inglaterra tiene una segunda ventaja sobre Francia: forma un Estado indiviso»[13]. Una constitución que contenía ya en potencia desde sus orígenes la *public liberty*, «siempre que no hubiese una inmensa distancia entre la elaboración de las leyes y su observancia».

Así pues, la *English liberty* es una *public liberty*, como demostró la *glorious revolution* de 1689 tras la dramática experiencia negativa de la constitución "melancólicamente" conspiradora de Cromwell y sus compañeros de viaje. Es oportuna aquí una última referencia a Hobbes en relación con su exigencia continuamente repetida de contar siempre con un Estado unitario e indiviso. En efecto, el mayor peligro del "Estado-Leviatán" era para él la eventualidad de conspiraciones (*conspiracies*) por la acción de individuos con malas intenciones y subversivos ("melancólicos")[14]: todo lo contrario de las confederaciones (*confederacies*) que serán elogiadas un siglo más tarde por De Lolme, que eran en cambio la libre expresión de la actividad pacticia que también para Hobbes era la base del contrato social pero que, sobre todo, eran producto de la acción de sujetos que no eran subversivos ni melancólicos porque eran "iguales originariamente". Así pues, el resultado tenía que ser definitivo: «[...] Con la Revolución se cerró el círculo. En esta época los auténticos principios de la sociedad civil fueron completamente establecidos».

Rey, Parlamento y supremacía de la ley constituyen un tríptico siempre en movimiento, es decir, en constante equilibrio para garantizar también, a través de la *public liberty*, la libertad concreta y privada de los individuos, que consiste, prosaicamente, en propiedad, seguridad personal y libertad de movimientos. El célebre *birthright* no es más que esto. Pero añado que, precisamente para hacerlo posible y garantizarlo, nació en Occidente la "política", que luego se convirtió en "Estado" y ahora estaba pendiente de convertirse en "constitución". En la experiencia inglesa, los tres estadios parecen confundirse. Es el juego o, mejor, el papel del "mito" (fundado claramente en la memoria y en la historia), para el cual

13 Véase la descripción coetánea de Robertson sobre las diferencias en cuanto al origen y la realidad histórica del feudalismo en Inglaterra y en Francia, que tiene también relación con el diferente grado de unidad de los dos países o Estados, W. Robertson, *The History of the Reign of the Emperor Charles V*, 3 vols., London 1796.

14 P. Schiera, «Il moderno e la melancolia. Con qualche riferimento a Thomas Hobbes», en Íd.,: *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Bologna 1999, pp. 361-386.

era útil de modo natural la descripción histórico-constitucional de De Lolme, porque atañía a la necesidad de justificación y de educación política de la sociedad inglesa de su época. Tampoco se olvida el sencillísimo silogismo de Paine: «Una constitución no es el acto de un gobierno, sino el de un pueblo constituyendo un gobierno; y gobierno sin constitución es poder sin derecho»[15].

Era precisamente la "necesidad de constitución" que se extendía por la sociedad la que hacía necesarias las grandes obras de reconstrucción como la del ginebrino en Londres, o los comentarios histórico-jurídicos como es el caso de William Blackstone. Redujo la constitución a una *political union*, como regulación históricamente variable del enfrentamiento entre las diferentes fuerzas que compiten en la comunidad[16]. Con él se entra en contacto de forma más directa con el tema de la participación diferenciada pero garantizada a todos los ciudadanos en el nombre de su igualdad coetánea (*coeval equality*), otro principio en el que arraiga el espíritu de libertad. También en Blackstone encontramos una línea lógica que va desde la equivalencia "constitución-libertad" a la idea de que la libertad debe ser también "pública" y, por ello, referirse a la igualdad; precisando que de esta, más allá de la *primeval equality* (que es la originaria), hay también un segundo tipo que es además la que lleva a los hombres a la *confederacy* (y sería la *coeval equality* que nos acabamos de encontrar). Se trata de una línea de libertad-igualdad-confederación como trama de la constitución y como puente entre la condición privada y la pública. Como se intuye con facilidad, se trata de una línea, no discordante, sino plenamente coincidente con la que se acaba de destacar en De Lolme; y son todos ellos factores modernos e importantes del constitucionalismo que estoy tratando de describir aquí como un movimiento dirigido sin duda contra la "(antigua) sociedad estamental", pero no solo a favor del individuo, sino también, y gracias precisamente al Estado reformador, a favor de una esfera pública en creciente expansión (opinión "pública", pero también economía "pública" y administración "pública").

Si la "constitución" puede entenderse como un terreno de regulación del ciclo político (propuesta de proyectos y realización práctica), debemos esforzarnos en determinar las fuerzas que la sostienen en el periodo histórico al que nos referimos. En el caso inglés, dichas fuerzas parecen

15 Th. Paine, *Rights of Man*, London 1791-1792.

16 Blackstone, *Commentaries*, cit.

ser: la predisposición revolucionaria, la idea de progreso-civilización, la tradición y la ciencia. Son fuerzas históricas que actúan en el nuevo sujeto colectivo que, durante el siglo XVIII, estaban encontrando en Inglaterra una definición sociológica en aquella «clase media de la población» (*middle rank of population*) y que, desde las primeras intuiciones de William Robertson y Adam Smith, se habrían difundido en toda Europa como una señal de los nuevos tiempos precisa, indiscutible y finalmente asociativa[17].

17 M. Silberschmidt, «Das politische Weltbild der Briten im 18. Jahrhundert», *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte* 14 (1956) pp. 57-77; S. Collini, *The noble science of politics: a study in nineteenth century intellectual history*, Cambridge 1983; A. Flew, *David Hume: Philosophy of moral science*, Oxford 1986; J. T. Young, *Economics as a moral science: the political economy of Adam Smith*, Cheltenham 1997.

3
Los elementos prácticos del constitucionalismo europeo a través del ejemplo americano

Así como la Paz de Westfalia de 1648 favoreció la transformación definitiva de los territorios alemanes en "Estados"[1], haciendo realidad por primera vez ese "sistema europeo" de Estados sin el cual ni siquiera hubiera podido comenzar la historia del constitucionalismo, del mismo modo los Tratados de París de 1783, al poner fin a la guerra entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, reconocieron a estos como Estado soberano recibido de pleno derecho en aquel sistema.

Este es el momento idóneo para comentar el papel de precursor en el pensamiento constitucional europeo de Hugo Grocio. En efecto, sin la propuesta de regulación y de garantía de las relaciones internacionales de su *De jure belli ac pacis* (1625) hubiera sido imposible pensar incluso en la "constitución" como norma para regular la vida interna de un Estado. Esto confirma la necesidad de comprender y escribir la historia del constitucionalismo más en términos internacionales que nacionales, como se tiende a hacer normalmente. Como estaba sucediendo casi al mismo tiempo entre Jean Bodin (*Les six livres de la République*, 1576; *De Republica libri sex*, 1586) y Thomas Hobbes en el plano "interno" de los Estados, se puso de manifiesto también en el plano internacional la necesidad de un criterio de "legitimidad" para resolver el problema de la soberanía[2].

1 E.-W. Böckenförde, «Der Westphälische Frieden und das Bündnisrecht der Reichsstände», *Der Staat*, 8 (1969) pp. 449-478.

2 O. Brunner, «Bemerkungen zu den Begriffen "Herrschaft" und "Legitimität"», en VV.AA., *Festschrift für Hans Sedlmayr*, München 1962, pp. 116-133; H. Hofmann, *Legalität gegen Legitimität: der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*,

Volviendo a los Estados Unidos, la Declaración de Independencia, aprobada el 4 de julio de 1776 en Filadelfia por el Congreso Continental, en el que tenían asiento los representantes de las trece colonias inglesas de Norteamérica que desde hacía doce años tenían un agrio e insuperable litigio con su tierra natal, no fue sino el resultado de una escalada de reivindicaciones en el más puro espíritu "constitucional" inglés que se remontaba a la tradición medieval mientras, desde el punto de vista filosófico-político, se inspiraba en la doctrina, desde luego explícitamente "constitucionalista", de John Locke[3] pero reinterpretada a la luz de los principios del sensismo filosófico escocés, lleno de referencias al sentimiento interior (*internal sense*) y al sentido común (*common sense*) y, en todo caso, a la dimensión no solo racional sino sensitiva (o sentimental) de la experiencia (incluida la política). Tampoco faltaron las manifestaciones procedentes de la ilustración política francesa, desde Montesquieu a Rousseau, pero el carácter ecléctico de las influencias teóricas de los Padres constituyentes americanos son prueba de su relativamente escaso interés por el enfoque teórico de los problemas en beneficio del enfoque decididamente pragmático del enfrentamiento con su tierra natal.

La Gloriosa Revolución de 1688-89 representó un auténtico parteaguas histórico al colocar las Cámaras de los Lores y de los Comunes en una importante situación de paridad con el Rey y limitar mucho los poderes de la prerrogativa regia[4]. En particular, a lo largo del siglo XVIII, sobre todo gracias a la actuación de la *gentry*, la Cámara baja se convirtió en el centro de decisión del reino, conquistando poderes "casi" soberanos. Esto contradecía la estructura constitucional del viejo imperio (*old empire*) del que obviamente también formaban parte las colonias americanas, gobernado aún según los principios de la *ancient constitution* y basado por ello en una multiplicidad de centros políticos autónomos. De esta contradicción, ahora ya escrita en la historia, derivó la incapacidad para resolver por vía jurídica y política la controversia en torno a la *Stamp Act* de 1765 que dio comienzo luego al proceso "revolucionario".

Neuwied-Berlin 1964; D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992.

3 J. Locke, *Second Treatise of Government*, London 1690.

4 J. I. Israel (ed.), *The Anglo-Dutch Moment: Essays on the Glorious Revolution and its World Impact*, Cambridge 1991; H. Trevor-Roper, *From Counter-Reformation to Glorious Revolution*, Chicago 1992.

Esto dio también lugar a una paradoja por la cual los colonos, inmersos aún en la tradición constitucional inglesa, retrocedieron respecto al nuevo panorama que entre tanto se había producido en el Reino. Este choque de fuerzas, todas constitucionales por diferentes títulos, dio origen a uno de los más formidables impulsos que haya conocido jamás un proceso de modernización política: el constitucionalismo. Y se confirma el impacto que produjo en los colonos americanos la obrita *Common sense* de Thomas Paine, en la que Jorge III, el *royal brute* de Londres, era acusado de tiranía y los americanos eran incitados a liberarse de ella[5]. Esto se recogió fielmente en la segunda parte de la Declaración de Independencia del mismo año, en la que se afirma que un tirano semejante es «indigno de gobernar un pueblo libre», y se une a la ficción (semejante a la utilizada en la Gloriosa Revolución inglesa por Jaime II) de que el rey había abdicado ante sus súbditos americanos.

Es significativo que el principio con el que se gobernaban las colonias, más empírico que teórico o doctrinal, fuese una mezcla de autonomía y de consenso basada en las exigencias concretas impuestas por los espacios, los tiempos y los hombres de aquellos nuevos países. Con la acelerada expansión comercial y también demográfica que se produjo en la primera mitad del siglo XVIII, estos principios adquirieron un valor mítico y conectaron con la mentalidad veteroconstitucional que se acaba de mencionar. Fue en América donde el *middle rank*, del que hablaba Smith en su *Wealth of Nations* el mismo año de la Declaración, se convirtió en aquella clase media (*middling sort*) que, reunida por ejemplo en Boston en el órgano de representación que se llamaba sencillamente cuerpo (*body*), dio lugar al *Boston Tea Party* que fue posteriormente el acto que dio comienzo a la revolución.

El juego entre *internal sense* y *common sense* hace posible comprender las «verdades evidentes por sí mismas» que constituyen el núcleo fundamental de la Declaración y de la consiguiente acción revolucionaria hasta la definitiva práctica constitucional. Nació así «[...] un universo político ordenado por principios verdaderos y comprendido a través de los afectos, un cosmos humano centrado en la idea de pueblo, es decir, de comunidad de individuos que aceptaron las "verdades evidentes por sí mismas" y, de este modo, fueron capaces de autogobernarse, es decir,

5 Paine, *Common sense*, cit.

soberanos»[6]. Pueblo, libertad, derechos: son el resultado que la Declaración transmitió también al mundo europeo y a su "necesidad" de constitución según una modalidad casi "natural", es decir, evidente por sí misma, por ser fruto de un largo recorrido histórico que no podía tener sino aquel resultado. En esto reside su fuerza, que fue más una fuerza de convicción fáctica, pragmática, que fruto de una superioridad doctrinal o militar. Esta es también la diferencia en la huella que la revolución americana y la constitución que de ella derivó dejaron en el constitucionalismo europeo: un impacto basado fundamentalmente en un nuevo mecanismo de legitimación de una comunidad *in fieri*, tanto desde el punto de vista social como desde el estatal, y que ya no consistía en la tradición, sino en la participación voluntaria, y por ello moral (cuando no religiosa), en la lucha por parte de cada colono; un mecanismo que las teorías de Locke convirtieron en verdad filosófico-política.

Es necesario subrayar este peculiar encuentro entre espíritu constitucional y sensismo para recuperar, por una parte, el aspecto "valorativo" específico de la constitución americana, pero también para no perder de vista, por otra, el aspecto "pragmático" que caracteriza desde siempre la combinación política de los valores en los Estados Unidos. Esto tiene como consecuencia que el dato doctrinal, que es siempre el resultado de una suma de valores y de prácticas, construye prácticamente un modelo aparte, intermedio entre las dos formulaciones de base estatal y de base social más habituales en Europa. También se comprende mejor de este modo el papel dinámico que tuvieron en América instituciones como "trust" y "corporation", sobre todo en conexión con el tipo particular de individuo que, proviniendo siempre de Locke y del sensismo escocés, impregna por sí solo esta página constitucional que tiene como tema central "la voluntad libre e igual de los individuos".

Se comprende también, dentro del cauce interpretativo abierto por Alexis de Tocqueville en la *Démocratie en Amérique*, la influencia más sutil que ejerció el ejemplo americano en el pensamiento constitucional del liberalismo europeo, y en particular el continental, a lo largo del siglo XIX. Junto a la obvia influencia en sentido federal, se subraya, en efecto, la amplitud del ejemplo "comunitarista" americano, acompañado de un sentido "práctico" de la política aplicada a la convivencia. Si bien

6 T. Bonazzi (ed.), *La Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Venezia 1999.

esto hundía sus raíces en la "tradición" constitucional inglesa del siglo XVIII, fue en la experiencia de los Estados Unidos donde, durante el siglo XIX, tuvo una aplicación que será un caso aparte cuya peculiaridad, aun estrictamente constitucional, no puede olvidarse ni siquiera hoy, pues es una de las principales razones de la distancia existente entre la política americana y la europea.

Promulgada en 1787, la Constitución de los Estados Unidos de América consta de 4.543 palabras distribuidas en un preámbulo y siete artículos: en los tres primeros se trata del poder legislativo, ejecutivo y judicial; les siguen otros cuatro sobre la posición de los Estados miembros, sobre la modificación de la constitución, sobre la superioridad federal y sobre la puesta en práctica de la constitución. Ya no hay nada divino ni eterno, sino algo que debe referirse siempre a la época, en consideración a un objetivo principal y muy concreto. El problema de la "unión" fue crucial desde el principio: al concluir la guerra de la independencia, el estatuto confederal parecía demasiado amplio y se intentó unir más estrechamente entre sí a los trece *United States of America*. Así, en la *Annapolis Convention* se estableció hacer «[...] una constitución del Gobierno Federal adecuada a las exigencias de la Unión»[7]. El proyecto se sometió a la asamblea el 12 de septiembre, se aprobó el 15 y fue firmado por los treinta y nueve miembros el 17. Con ello, el "mito americano" salió más reforzado. Ideada para las exigencias concretas de la época y escrita por hombres corrientes, la constitución federal fue desde el principio un documento encaminado de manera pragmática a un objetivo que debía ponerse en práctica directamente, conforme a la experiencia americana que se configuraba entre la Declaración de Independencia de 1776 y la Asamblea Constituyente de 1787. Hija de la ilustración, confirmaba la supremacía de la razón como único instrumento para resolver los problemas del Estado. Una razón que no era la diosa de la filosofía, sino el simple "sentido común, universal y concreto a la vez, en el que se inspiraban los nuevos ciudadanos de las ex colonias, es decir, los ciudadanos de los nuevos "Estados" que se habían constituido sobre las ruinas de las viejas colonias de Norteamérica mediante un proceso perfectamente asimilable al de la *ancient constitution* inglesa.

7 *Proceedings of commissioners to remedy defects of the Federal Government*, Annapolis in the State of Maryland, September 14th 1786.

4
Los elementos del constitucionalismo europeo a través del ejemplo francés

También debe examinarse la transformación de la situación política en Francia para comprender el sentido preciso que fue adquiriendo la "necesidad" constitucional a lo largo de unos pocos decenios, entre 1740 y 1814. Esta se expresó en la exigencia de recoger las "pretensiones" estamentales (*doléances*) en un "cuerpo" constitucional cada vez más concreto jurídicamente. Al final, solo este último será "constitución", fijándose un texto escrito, una "carta" que define, delimita y, en definitiva, decide.

En la "retórica" parlamentaria de los años 40 del siglo XVIII en el que, como personaje más válido, destacaba Montesquieu[1], era aún manifiesta la convicción de que Francia había crecido históricamente a través de la experiencia monárquica, con una conciencia de una intensidad poco frecuente en el resto de Europa, salvo quizá Inglaterra cuya "antigua" constitución era admirada. En el centro de esta concepción histórico-evolutiva se encontraba el rey, más aún que en Inglaterra, mientras los ministros, esto es, el ejecutivo, eran considerados los responsables de la desviación despótica contra la que se alzaba la exigencia de interpretar mejor el sentido histórico de la constitución francesa para restablecerla.

La del monarca era una figura fundamental, porque estaba en el centro de una red de cuerpos y de estamentos profundamente arraigados en la estructura, no solo social, sino también estatal y política de la Francia de Antiguo Régimen. Pero dicha estructura, lastrada con la multiplica-

1 C.L. de Secondat de Montesquieu, *De l'Esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, Genf 1748.

ción de los oficios y la "venalidad" con la que se gestionaban, ya no estaba en condiciones de representar las fuerzas y los intereses de la sociedad francesa. Rousseau, con su *Contrat social,* fue el genio capaz de conjugar la necesidad de representación con la de decisión, es decir, la vieja y la nueva Francia, inventanto la grandiosa metáfora de la voluntad general con la que, de una tacada, se dejaba de lado tanto la estéril fuerza representativa de los estamentos y de los órdenes, como también el principio despótico de la mayoría.

El 17 de junio de 1789, el Tercer estado se proclamaba audazmente "Asamblea Nacional", el 20 sus miembros pronunciaban el juramento del *Jeu de Paume*, el 23 se negaban a dejar la sala en la que estaban reunidos y el 27 el rey exigía a los otros dos estados, clero y nobleza, que se reuniesen con el Tercero. No se puede reflexionar sino con estupor y admiración sobre la obra formidable del abate Sieyès y su elemental y condensada intuición –verdaderamente revolucionaria– contenida en la pregunta «¿Qué es el Tercer estado?» (*Qu'est-ce que le Tiers État?*)[2]. Sobre esta base, la Asamblea comenzó su labor "constituyente" con la abolición de los derechos feudales y de los privilegios y con la proclamación de la ilegitimidad de los poderes arbitrarios (será la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*). Aun de manera turbulenta y sin una eficacia práctica inmediata, la idea ya extendida de "constitución" encontrará el modo de llenarse de contenidos y se concretará en actos formales pero muy colmados de contenidos a través de los diferentes textos constitucionales que se sucederán hasta 1799, cuando la rapidísima consolidación de esta nueva "forma de la política" –justamente el gobierno constitucional– encuentre en su interior los primeros obstáculos y deba enfrentarse a un nuevo tipo de despotismo, el napoleónico, que acabará por sofocarla.

Pero no se comprende la consistencia del fenómeno si no se intenta recordar todo el panorama conceptual en el que esta idea de constitución logró su significado. Más allá de los principios fundamentales de libertad y de igualdad y de la figura fundamental de la monarquía, queda la referencia quizá más decisiva a la "nación", que, a su vez, remite a la soberanía y, por consiguiente –siempre refiriéndose a la figura del monarca– al importante tema de la división de poderes. Este "conjunto" produce necesariamente (porque lo necesita) un marco "normativo" que es, hasta nuestros días, un rasgo de enorme novedad aportado por los franceses a

2 E.J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, sl 1789.

la historia del concepto de constitución junto a la historia de lo "político" en Occidente[3].

Cercana a la idea de "ley", entre las herramientas de la época se incluye también la "felicidad", siempre con la misma "doble" lógica[4] de origen y resultado de tipo natural y tradicional por una parte, y de cálculo preciso de los pros y de los contras basándose en la experiencia por otra. Y si se tiene en cuenta que el encuentro de la ley con la felicidad estuvo presente desde siempre en la historia propia de ese particular canal de desagüe que fue, en la historia de las doctrinas y de las prácticas políticas europeas, el "bien común"[5], solo queda preguntarse si la consolidación de la "constitución" en la Europa del siglo XVIII no se refiere también a los contenidos esenciales de esta historia, formados de valores positivos (felicidad) que hay que perseguir y de medios igualmente positivos (ley) para conseguirlos[6].

No es muy diferente la breve definición que de la "Constitution politique" dará *L'Encyclopédie méthodique* (Économie politique), de 1784: si una nación quiere construir una sociedad política, debe darse la constitución más adecuada, que es la que atiende a su "salud [...], perfección [...] y felicidad". Los *Cahiers* de 1789 hablan directamente de una "constitución feliz"[7].

3 W. Schmale, «Constitution, Constitutionnel», en R. Reichardt/H.-J. Lusebrink (eds.), *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, München 1992, en especial p. 37: "[...] das Verfassungsdenken wird von einem wachsenden Rechtspositivismus durchgezogen".

4 P. Schiera, «Dal bencomune alla pubblica felicità. Appunti per una storia delle dottrine», en H. Keller-W. Paravicini-W. Schieder (eds.), *Italia et Germania. Liber Amicorum Arnold Esch*, Tübingen 2001, pp. 113-131; Schmale, *Constitution*, cit.

5 En uno de los textos que explican la alegoría del buen gobierno en el fresco de Ambrogio Lorenzetti, en el Palacio Público de Siena (primera mitad del siglo XIV) se habla expresamente del "bien común", que consigue "[...] frutos civiles útiles, necesarios y gratos".

6 P. Schiera, «Überlegungen zum Problem des Konstitutionalismus in Europa im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert», en Chr. Dipper/L. Klinkhammer/A. Nützenadel (eds.), *Europäische Sozialgeschichte. Festschrift für Wolfgang Schieder*, Berlin 2000, pp. 93-112; Íd., «Gemeinwohl in Italien und Deutschland von der konstitutionnellen Ära bis zum Totalitarismus. Schlagwort, politische Praxis oder Lehre», en Chr. Dipper (ed.), *Deutschland und Italien 1860-1960*, München 2005, pp. 69 ss.

7 La cita en P. Goubert/M. Denis (eds.), *Les Français ont la parole... Cahiers de doléances des Etats généraux*, Paris 1964, una antología que dedica a la palabra "constitution" las pp. 59-69.

Es opinión admitida[8] que los trabajos de la Asamblea no se distinguieron por el deseo de poner en práctica (o incluso solo de contemplar) doctrinas políticas especiales, aun cuando, obviamente, sus miembros más prestigiosos tuvieran más o menos clara la orientación doctrinal. El primer *Comité de Constitution*, por ejemplo, así como el propio Mirabeau que era su principal exponente, se inspiraba explícitamente, aunque no solo, en la constitución inglesa a través de la obra de Montesquieu; sin embargo no puede decirse que por esta vía lograran atraer a toda la Asamblea. Y es también escasísimo, en los trabajos de esta última, el interés real por la Constitución americana, guiada en efecto por un ideal diferente al de los Constituyentes franceses, es decir, por un criterio federal; todo lo más, en el mejor de los casos, Jean-Jacques Rousseau a quien también se refería Sieyès, y sobre todo por lo que atañe al tema de la voluntad nacional que, junto al de la ley, era el principal pilar de una asamblea que se había constituido por sí sola como “constituyente”, superando el antiguo principio de la división en tres estados y del voto de los representantes convocados por el rey, no por cabeza, sino precisamente por estado.

Voluntad nacional y ley son las dos prerrogativas de esta Asamblea: la primera actúa en el plano de la legitimación, la segunda en el de la función, de la acción, de la dedicación a un objetivo. Y la Constitución que surge de ella (tras la solemne Declaración de derechos) es su resultado y su condensación. La finalidad era demasiado elevada como para dejar que se debilitara por la referencia a otras situaciones (la inglesa y la americana), tan distintas de la gloriosa de Francia. Solo era útil un fundamento teórico y doctrinal que incluyera el acto “constituyente”, con toda la carga revolucionaria que hubiera alcanzado y que, en cualquier caso, la acompañaría en el largo camino de la historia francesa.

Aquí se entiende mejor también el puesto de Rousseau, cuya influencia requiere alguna precisión, sobre todo por lo que atañe a las implicaciones jurídico-constitucionales de su pensamiento, además de la indiscutible influencia ejercida por el *Contrat social* sobre los ilustrados en general. Esto se entiende mejor examinando un texto, por así decir, secundario, como su proyecto de Constitución para Polonia[9]. En él, Rous-

8 Véase la tesis de doctorado de P. Duclos con el título *La notion de Constitution dans l’Oeuvre de l’Assemblée Costituante de 1789*, Paris 1932.

9 J.-J. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée en avril 1772*.

seau afirma: «Veo todos los Estados de Europa corriendo hacia su ruina. Monarquías, Repúblicas, todas esas naciones instituidas de manera tan magnífica, todos esos hermosos gobiernos ponderados de manera tan sabia, caídos en decadencia, amenazan con una muerte cercana [...]»[10]. Y continúa: «Uno de los mayores inconvenientes de los grandes Estados, el que hace más difícil conservar en ellos la libertad, es que la potestad legislativa no puede mostrarse como es y no puede actuar sino por diputación. Esto tiene su lado malo y su lado bueno, pero gana el malo. Un cuerpo Legislativo es imposible de corromper, pero fácil de engañar. A sus representantes es difícil engañarlos, pero es fácil corromperlos y es raro que no lo estén»[11]. Es el tema de la representación en la formación de la decisión, que lo dice todo sobre la importancia de la obra de Rousseau en el pensamiento de los revolucionarios.

El nexo lógico es siempre la idea de igualdad, pero será con la recuperación de la "voluntad general" por obra de Sieyès como se hará notar su influencia: «La voluntad general hace la ley», se escribe en el *Cahier de doléances* de París, en el esbozo de declaración de derechos que en él se contiene. Pero el texto de referencia es el manifiesto del Abate, en el que el "Tercer estado" es sociológicamente definido como el «conjunto de ciudadanos que pertenece al orden común», y por este rasgo social específico es llamado a levantarse contra quienes no pertenecen a él, es decir, quienes están fuera de él ofendiéndole con sus privilegios[12].

Esto se mantiene. Acabada –y destruida– la revolución, el instrumento de la constitución no se perderá, al contrario, registrará una evidente interiorización, tanto en la conciencia como en la práctica de los hombres convocados para remendar los retales de la historia. Y esto ocurrirá en un marco que se inspira sin duda en la reacción antinapoleónica y ante todo en la restauración de las antiguas monarquías, pero encaminado también a la paz mundial tras la destrucción llevada por toda Europa, junto a los principios revolucionarios, por los ejércitos franceses.

Sobre el tema de la "paz perpetua" ya se había desarrollado en Francia, durante el siglo XVIII, un intenso debate que tuvo en el abate de Saint Pierre uno de sus más ilustres representantes y fue comentado

10 Ibídem, cap. I, "État de la question".

11 Ibídem, cap VII, "Moyens de maintenir la Constitution".

12 "La volonté générale fait la loi"; "ensemble de citoyens qui appartiennent à l'ordre commun". Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?,* cit.

a su vez de modo excelente por el propio Jean-Jacques Rousseau[13]. Para ambos, la paz universal no solo representa el mayor bien para los súbditos y su felicidad, sino que corresponde también al interés de los príncipes, y por eso es ciertamente realizable. Partiendo de la premisa de que «Una vez conocidas las causas del mal, el remedio, si existe, es indicado por estas convenientemente», puede concluir: «Si hemos argumentado correctamente en la exposición de este Proyecto, se ha demostrado: en primer lugar, que el establecimiento de la Paz perpetua solo depende del consentimiento de los Soberanos y que no hay más dificultad por allanar que su resistencia; en segundo lugar, que este establecimiento les sería útil de todas maneras y que no hay ninguna comparación que hacer, incluso para ellos, entre los inconvenientes y las ventajas; en tercer lugar, que es razonable suponer que su voluntad es acorde con su interés; y finalmente, que una vez formado este establecimiento sobre el plan propuesto, sería firme y duradero y colmaría perfectamente su objetivo [...] Si pese a todo este Proyecto no se ejecuta, no es que sea quimérico, sino que los hombres no son sensatos y que es una especie de locura el ser sabio entre locos»[14].

13 J.-J. Rousseau, *Extrait du projet de paix perpétuelle de Monsieur l'Abbé de Saint Pierre. Jugement sur le Projet de Paix perpétuelle* (1761).

14 Ibídem.

5
Los elementos de reforma del constitucionalismo europeo a través del ejemplo alemán

Sobre el mismo tema, no es menos importante Immanuel Kant que, más allá de la autoridad de su reflexión filosófica, debe ser considerado como un puente entre el antiguo y el nuevo régimen incluso en el plano político. Actuó en dos niveles, abriendo el camino a las opciones "liberales" que caracterizaron luego el constitucionalismo alemán y europeo en el siglo XIX. La primera es la expresada en la excelente respuesta «Atrévete a saber» (*Sapere aude*) a la pregunta " ¿Qué es la ilustración? (*Was ist Aufklärung*)"[1]: es como decir que los temas del bienestar y de la felicidad material, de los que se ocuparon los teóricos y los prácticos del absolutismo ilustrado, no bastan para garantizar la satisfacción de la máxima necesidad individual de libertad. Hay que atreverse a saber, para ir más allá del paternalismo de un Estado asistencial y de un príncipe-tutor. Pero ¿cuánto más allá? Teniendo a la vista la paz universal, es decir la única condición de la existencia que puede servir de base para el auténtico ejercicio de la libertad. Kant dedicó una atención atormentada a este tema, poniéndose como meta poder encontrar la solución en el plano filosófico más que en el institucional.

Pero su intención no era solo teórica[2]. Si se pudiera proponer una comparación de este género entre el elemento más autoritario y el más liberal de esta fase inicial del constitucionalismo europeo, diría que, como para Hobbes, también para Kant el presupuesto necesario de cualquier discurso sobre la paz universal es la unidad política que representa el Es-

1 I. Kant, "Was ist Aufklärung?" (1784), en Íd., *Was ist Aufklärung? Ausgewählte kleine Schriften*, Hamburg 1999.

2 I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg 1795.

tado; y este Estado-comunidad debe tener una constitución interna que asegure a cada individuo el ejercicio de las tres funciones fundamentales que caracterizan su vida social y política: el reconocimiento de su condición de ser humano, la posibilidad de participar en la comunidad como ciudadano y –también– como súbdito, y la necesidad de obedecer al poder constituido. Polemizando con las monarquías del absolutismo ilustrado, Kant señala la "república" como la forma de convivencia organizada (de política) en la que las tres funciones pueden ejercerse. Con esta indicación, ofrece a sus contemporáneos el mejor viático para salir de las profundidades del constitucionalismo ilustrado que quizá ya no tenía nada que ofrecer y requería un fuerte estímulo a la necesidad (hobbesiana) de una relación directa de poder entre autoridad y súbditos, a la vez que el reconocimiento, prioritario para estos últimos, de la condición de ciudadanos y hombres libres.

No debe extrañar el haber introducido con Kant el elemento reformista del pensamiento constitucional, si bien es cierto que, precisamente a través de él y de todo el idealismo de la experiencia administrativa del "Estado de policía" de los Hohenzollern, pudo "convertirse" a lo largo del siglo XIX en el "Estado de derecho" de los liberales alemanes[3]. El trasfondo es una línea interpretativa que considera que la paz de Westfalia es el comienzo de una política alemana centrada en la gestión práctica de la vida colectiva y que percibe que su efecto primordial es la preocupación y la obligación –en Prusia a partir de Federico Guillermo I y en Austria de Leopoldo I, pero más aún con Federico II y María Teresa, respectivamente– de construir la proyectada máquina estatal que estaba "haciéndose"[4]. Repito que esto no significa interpretar en clave nacional los distintos ingredientes de la historia "europea" del constitucionalismo ni tampoco proponer un análisis comparado de esta como la suma tan solo de los diferentes casos "nacionales". El puente que se acaba de mostrar entre Rousseau y Kant sobre el tema crucial de la paz es la prueba evidente.

Significa más bien suponer de modo, por así decir, simbólico que

3 R. von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Tübingen 1832.

4 O. Brunner, «Staat und Gesellschaft im vormärzlichen Österreich im Spiegel von Ignaz Beidtels Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung 1740-1848», en W. Conze (ed.), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz*, Stuttgart 1962, pp. 39-78; P. Schiera (ed.), *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo. Strutture e tendenze di storia costituzionale prima e dopo Maria Teresa*, Bologna 1981.

una de las condiciones previas para el nacimiento en Europa de la "necesidad de constitución" fue el peso creciente que adquirió la administración a partir del siglo XVII. Esto significa, en particular para el caso alemán, poner el acento en las complicaciones de la vida pública que siguieron a la Reforma y a las guerras de religión y en los efectos de sus distintas soluciones sobre la relación soberano/súbditos, con la pretensión de estos últimos, ya como individuos, ya como miembros de un "estamento", de no ser aplastados por las competencias "de gobierno" del primero. La presión creció entre los siglos XVIII y XIX mientras, gracias a los efectos de la revolución francesa, la función administrativa fue logrando un perfil más sistemático y más comprometido: podría decirse "orgánico", en el sentido precisamente de "organización"[5]. En tierras alemanas, la Reforma reforzó la figura de los príncipes territoriales –a través del buen resultado de sus pretensiones de autonomía frente al poder imperial aceptadas en la Paz de Westfalia–, proporcionándole al mismo tiempo una legitimación mayor e idónea, fundamentalmente por el "bien" de los súbditos. De ello surgió un fuerte vínculo entre la laicidad del Estado (es decir, su instrumentalización respecto a la libre expresión de la capacidad individual) y su explicación en términos prácticos por la "felicidad" de los individuos, a través de una especial conexión de la función administrativa con la económica y fiscal que dio lugar al cameralismo[6], variante alemana –con un contenido político-doctrinal muy intenso– de ese gran fenómeno europeo, demasiado olvidado, que fue el mercantilismo[7].

5 E.-W. Böckenförde, Art. «Organ, Organismus, Organisation, Pölitischer Körper», en *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 4, Stuttgart 1978, pp. 561 ss.

6 A.W. Small, *The Cameralists.The Pioneers of German Social Policy*, Chicago 1909; K. Zielenziger, *Die alten deutschen Kameralisten. Ein Beitrag zur Geschichte der Nationalökonomie und zum Problem des Merkantilismus*, Jena 1914; A. Tautscher, «Kameralismus», en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. 5, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1956; P. Schiera, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968.

7 L. Sommer, *Die österreichischenn Kameralisten in dogmengeschichtlicher Darstellung*, Wien 1920-25 (reimpres. Aalen 1967); H. Hassinger, *Johann Joachim Becher 1635-1682: ein Beitrag zur Geschichte des Merkantilismus*, Wien 1951; E. Heckscher, *Mercantilism*, New York 1955; I. Bog, *Der Reichsmerkantilismus. Studien zur Wirtschaftspolitik des Heiligen Römischen Reiches im 17. und 18. Jahrhundert*, Stuttgart 1959; K.P. Tieck, *Staatsräson und Eigennutz: drei Studien zur Geschichte des 18. Jahrhunderts*, Berlin 1998.

El primer profesor de cameralística, en la nueva cátedra instituida por el rey de Prusia Federico Guillermo en la Universidad de Frankfurt an der Oder en 1727 (pero al mismo tiempo en la Universidad de Halle), fue Justus Christoph Dithmar. Para él, la ciencia de la policía enseña a mantener «en buena constitución y en orden» (*in guter Verfassung und Ordnung*) el sistema interior y exterior del Estado en función de la «felicidad general» (*allgemeine Glückseligkeit*)[8]. Aún más clara y sistemática es la argumentación del fundador "científico" de la cameralística académica, Georg Heinrich Zincke, que publicó en 1751-52 una imponente *Cameralisten-Bibliothek*, totalmente basada en la relación fin-medios entre la felicidad material y los instrumentos, también materiales, de los que debe disponer la autoridad y, en particular, aquellos a quienes las «sociedades civiles» (*bürgerliche Gesellschaften*) han transferido el poder supremo para que cuiden del bienestar común, que consiste en una vida segura y tranquila[9]. Se trata, obviamente, del soberano, a quien se subordinan todas las fuerzas del país y de la población persiguiendo la seguridad, la paz y la tranquilidad de todos.

Aun subordinados al príncipe, las fuerzas y los súbditos de la sociedad deben estar equilibrados entre sí, y el mecanismo de dicho equilibrio lo siguen proporcionando los estamentos, incluso en la nueva configuración que consiguieron en el seno del Estado prusiano, bien descrita en el gran monumento de la codificación ilustrada que es el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*[10]. Aparece ya aquí el vacío de

8 J.Ch. Dithmar, *Einleitung in die öconomischen, Policey- und Cameral- Wissenschaften nebst Verzeichniss eines zu solchen Wissenschaften dienlichen Büchervorrathes und ausführlichen Register. Mit neuen Anmerkungen zum Gebrauch öconomischer Vorlesungen vermehret und verbessert von D. Daniel Gottfried Schreber*, 6ª ed., Frankfurt an der Oder 1769.

9 G.H. Zincke, *Cameralisten-Bibliothek, Worinne nebst der Anleitung, die Cameral- Wissenschaft zu lehren und zu lernen, ein vollständiges Verzeichniss der Bücher und Schriften von der Land- und Stadt- Oeconomie dem Policey- Finanz- und Cammer-Wesen zu finden, so theils kurz beurtheilet, theils umständlich vorgestellt worden*, Leipzig 1751-1752.

10 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*. Mit einer Einführung von H. Hattenhauer und einer Bibliographie von G. Bernert, 2ª ed. ampliada, Neuwied-Berlin 1994; F. Ebel (ed.): *Gemeinwohl, Freiheit, Vernunft, Rechtsstaat: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*. Symposium der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 27-29 Mai 1994, Berlin/New York 1995; B. Dölemeyer/H. Mohn-

"participación" política tan característico de la Alemania de la Edad moderna, que se puede comprender mejor con la historia de la cameralística, y el beneficiario, por así decir, de ese defecto no fue tanto el príncipe como su administración, que asumió en seguida un fundamento y una justificación de tipo funcional (además de una estructura concreta materializada en formas y prácticas), es decir, prácticamente técnico, casi neutro y, en cierta medida, apolítico; y sobre ella se perfeccionó rápidamente (al menos en Prusia) la maquinaria del "Estado de policía" (*Policey-Staat*) del que propongo aquí una combinación particular con el constitucionalismo.

Johann Heinrich Gottlob Justi (1717-1771) es un buen ejemplo de ello. Vinculado tanto a la experiencia austriaca como a la prusiana, no se sustrajo a la influencia del pensamiento constitucional europeo, en particular la de Montesquieu. Al tratar de las «ciencias del gobierno» (*Regierungswissenschaften*) le atribuyó un papel fundamental a la economía de Estado (*Staatswirthschaft*), que no es más que la actividad de coordinación, de guía, de impulso del Estado para estimular la economía y el bienestar del país[11]. Se crea de este modo un nuevo espacio dedicado genéricamente a la política en el que puede establecerse y difundirse la "necesidad" de constitucionalismo que estamos estudiando. En efecto, en sus *Grundsätzen*[12] Justi la define como la «institución interior del Estado» (*innerliche Einrichtung des Staats*), es decir, como un fin de este último (visible en la felicidad común) y, a la vez, como el medio principal de alcanzarlo.

Con Justi y Joseph Sonnenfels (1733-1817)[13] las "ciencias del Estado" (o mejor dicho "de policía")[14] elaboraron principios acordes con las

haupt (eds.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Frankfurt am Main 1995; G. Birtsch/D. Willoweit (eds.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft, 200 Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht*, Berlin 1998.

11 J.H.G. von Justi, *Staatswirtschaft*, Leipzig 1755.

12 J.H.G. von Justi königl. Grossbritannischen und Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Berg-Raths... *Grundsätze der Policey-Wissenschaft in einem vernünftigen Zusammenhange und zum Gebrauch Academischer Vorlesungen abgefasset*, 2ª ed. muy ampliada, Göttingen 1759.

13 J. von Sonnenfels, *Grundsätze der Policey, Handlung und Finanz*, Wien 1770.

14 H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft). Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland*, Neuwied/Berlin 1966.

necesidades constitucionales que iban surgiendo en las discusiones técnicas de "derecho natural", para ser luego recogidos en las primeras constituciones escritas. Este desarrollo se vio favorecido por la práctica del "disciplinamiento social" (*Sozialdisziplinierung*)[15] ejercida con sabiduría en los principales Estados alemanes: gracias a la "concepción administrativa del Estado" se proyectaron estos contenidos en el plano constitucional, favoreciendo una síntesis eficaz de elementos diferentes con una base jurídica y codificadora propia de la doctrina del derecho natural racionalista.

Que el debate en el seno del derecho natural fue también desde finales del siglo XVII de tipo "constitucional" está demostrado por el rigor con el que Samuel Pufendorf denunciaba la crisis constitucional del Sacro Imperio Romano de la Nación Alemana y con el que Leibniz pedía, a su vez, una auténtica reforma constitucional del Imperio coherente con la nueva realidad de los Estados territoriales[16]. Mientras, para Pufendorf, en el terreno concreto del comportamiento, el derecho natural se ocupa del *forum humanum*, es decir, de la guía de las acciones "externas" del individuo, las "internas" (de tipo ético) interesan en cambio a la filosofía moral[17]. De la confluencia de ambas líneas surge la peculiaridad alemana de la felicidad "material" de los súbditos, necesariamente unida a un sistema de "deberes" públicos que los somete al soberano y al Estado: una clave de lectura con un fundamento más bien autoritario que solo por obra del idealismo podrá descubrir también, con el tiempo, los elementos profundos de "libertad" individual.

El mensaje de Pufendorf fue quizá más ecléctico que original, pero al final fue aceptado, tanto que se construyó sobre él una propuesta para la

15 Chr. Sachße / F. Tennstedt (eds.), *Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung: Beiträge zu einer historischen Theorie der Sozialpolitik*, Frankfurt am Main 1986; H. Schilling (ed.), *Kirchenzucht und Sozialdisziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*, Berlin 1994; P. Prodi (ed.), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed età moderna*, Bologna 1994; Schiera, *Specchi della politica*, cit.

16 J. A. Schumpeter, *History of economic analysis*, edited from manuscript by Elisabeth Boody Schumpeter, 6ª ed., London 1967; M. Stolleis (ed.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1977; H. Schilling, *Höfe und Allianzen. Deutschland 1648-1763*, Berlin 1989; M. Senellart, «Justice et bien-être dans les Miroirs des princes de Osse à Seckendorff», en A. De Benedictis (ed.), *Specula principum*, Frankfurt am Main 1999.

17 P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000.

constitucionalización de la política y del derecho en la que se notan numerosas influencias, desde Grocio a la escolástica española y hasta Hobbes. Es más incisivo el discurso del profesor de Halle Christian Thomasius, para quien la sociedad no era un fenómeno natural, sino que era solo una institución instrumental para la realización de los fines individuales, que para él podían sintetizarse también en el logro de la "felicidad material". El empirismo inglés, el de John Locke en particular, dejó en sus *Fundamenta*[18] una huella decisiva en un sentido político-institucional. Los restos de la escolástica, junto a los aristotélicos tanto viejos como nuevos, fueron superados e incluso condenados: ya no es necesaria una fuente divina para justificar el poder o incluso solo para buscar la felicidad. Para Thomasius, las decisiones nacen exclusivamente "ex ratiocinatione animi tranquilli", esto es, de la reflexión sosegada acerca de lo que el individuo considera necesario. La relación con el soberano es pacticia y se basa en el interés recíproco.

Quedaría por hablar de Christian Wolff, que funda su propio empirismo utilitarista, con un fuerte fundamento hedonista, en la doctrina leibniziana de la "armonía preestablecida". Se construyeron así los cimientos para la búsqueda y la construcción de un sistema de normas, no solo jurídicas sino también sociales, que constituirán el ordenamiento y que, antes o después, exigirán también una constitución. Y se podría volver así por otra vía, la de la filosofía práctica, al nudo político del enfoque kantiano[19].

En resumen: la faceta mercantilista del "Estado moderno" entre los siglos XVII y XVIII consistió sobre todo en la combinación de las necesidadees "financieras" del príncipe (para mantener y hacer funcionar las estructuras fundamentales del Estado, el ejército y la burocracia) y las de "protección" de los súbditos (para defender y hacer prosperar sus propios intereses, que desembocaban cada vez en mayor medida en la sociedad civil). La satisfacción combinada de ambas exigencias debía dar como resultado el bienestar o felicidad común, a la vez objetivo del Estado (es decir,

18 Chr. Thomasius, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernentur principia Honesti, Justi ac Decori, cum adjuncta emendatione Institutionum Jurisprudentiae divinae*, 2ª ed., Halle 1718 (1ª ed., Halle 1705).

19 N. Pirillo, *L'uomo di mondo fra morale e ceto: Kant e le trasformazioni del Modern*o, Bologna 1987.

del príncipe y de su aparato de poder para legitimar este último) y medio para consentir que los súbditos vivieran mejor (*Wohlfahrt*) y se convirtieran al mismo tiempo en ciudadanos. Este es el papel representado en Alemania por la administración y por la concepción administrativa del Estado absoluto ilustrado en relación con el constitucionalismo, entendido como necesidad social y como instancia jurídica: en efecto, su objetivo eran, en igual medida y con una buena dosis de ingenuidad filosófica y política, la localización y la formulación teórica de los valores fundamentales de la vida en sociedad, considerados como valores objetivos y, por consiguiente capaz de ser medidos racionalmente, así como la elaboración de los procedimientos necesarios para realizar concretamente esos mismos valores.

6
Los fines comunes del constitucionalismo europeo: la legalidad y la igualdad del orden jurídico atendiendo a las fases constitucionales del sur de Europa

Si se quiere sacar alguna conclusión de todo lo que se ha dicho, vale la pena advertir que, al observar las posibles combinaciones de los cuatro elementos examinados, parecen surgir de nuevo los dos elementos de la constitución en su periodo fundacional: por una parte, la prioridad de la *civil society* para definir los intereses que se deben perseguir y defender (en términos de felicidad material y por medio de motivaciones y de técnicas utilitaristas) y, por otra, la necesaria importancia de la institución estatal, en una suma de centralización y autonomía que permite aproximar en el ciclo largo, tanto hacia atrás como hacia la actualidad y hacia el futuro, los diferentes casos nacionales en los que el constitucionalismo, en su ya larga elaboración histórica, fue acomodado con demasiada frecuencia y rapidez. Pero este apresurado recorrido también dio lugar en toda Europa, aun bajo diferentes modalidades según las distintas tradiciones nacionales, a una esfera de regulación de las relaciones humanas "externas" a la sociedad (estamental) de tipo tradicional. Es lo que debería llamarse "ordenamiento (jurídico)", con normas cada vez más universales y abstractas pero también con posturas mentales de aceptación y adaptación de las conductas sociales a los valores y a los fines comunes. Creo que la "constitución", en el complejo sentido en el que la he presentado aquí, puede ser considerada como la premisa o incluso la puerta de entrada al nuevo terreno de la convivencia "ordenada". En efecto, mientras esta última asegura la protección de una esfera de ejercicio de la libertad, tanto privada como pública, contra los abusos del despotismo contiene también

severas medidas sancionadoras frente a quien (persona privada o pública) no sepa adaptarse al sentir común.

El "elemento-ordenamiento" comenzó en la Asamblea nacional francesa, que elaboró una Constitución que, en cierto modo, siguiendo el espíritu de Jean-Jacques Rousseau, recordaba y necesitaba del "Estado-persona", encarnación de la nación y por ello superior tanto al rey como al propio pueblo y capaz de actuar solo por la "forma" de sus decisiones (la ley, fruto de la voluntad general) y de sus instrumentos ejecutivos (los órganos, reducidos todos ellos a la condición de poderes "constituidos", sujetos por lo tanto a la ley y carentes de vida propia). Se ha querido ver en ello, en términos quizá demasiado kelsenianos, una tendencia a considerar el Estado «[...] no solo una persona jurídica soberana, sino un orden normativo total, confundido con el Derecho y exigiendo la total sumisión de los súbditos en todas sus actividades»[1]. Me parece que se encuentra aquí la "transformación" que produjo en la historia constitucional europea la Revolución francesa, un auténtico embudo de todo el proceso constitucional primero inglés y americano, en parte también alemán y luego europeo-continental, desde finales del siglo XVII hasta finales del XIX.

Naturalmente, el paso revolucionario mediante el cual Francia se dio (y dio al mundo entero) una constitución no terminó con la Asamblea Nacional. Al contrario, como es bien sabido, la Constitución de 1791 no se aplicó prácticamente al ser superada por los acontecimientos que pusieron en el candelero a otros personajes y otras ideas. La primera constitución francesa de verdad fue la de 1793, que culminó a su vez en el "Terror" ofreciendo una demostración casi de laboratorio de lo corto que puede ser a veces el paso de la libertad a la sumisión, incluso en un contexto constitucional. Surgió, con otra constitución, la imponente figura de Napoleón Bonaparte que, por una parte, proclamó que «la revolución ha terminado» (*la révolution est finie*) pero, por otra, llevó adelante sus resultados constitucionales, tanto en Francia, con una impresionante actividad legislativa (piénsese en el Concordato de 1801 y en la titánica empresa del *Code civil* de 1804), como en Europa con el ejército (es sintomático, por ejemplo, que el decreto de entrada en vigor del Código para el Reino de Italia, a partir del 1 de abril de 1806, estuviera fechado en Múnich nada menos que el 1 de enero del mismo año).

Este es también un indicio del predominio que pronto adquirió,

1 Duclos, *La notion*, cit., pp. 233 ss.

en el caso francés, la faceta de ordenamiento bajo forma jurídica. Frente al despotismo napoleónico y a la propia configuración internacional del Imperio, puede y debe desde luego objetarse que no se trataba aún de un "Estado de derecho". Pero como en el caso del *Allgemeines Landrecht* en Prusia o del *Österreichisches Gesetzbuch* austriaco (por no mencionar la enorme producción de la codificación ilustrada en toda Europa)[2] el derecho existía e imponía la unificación para su creación (poder legislativo) y su gestión (poder ejecutivo), mientras seguía siendo dudoso e incierto el lugar que ocupaba la jurisdicción, pese a la amplitud y el éxito en toda Europa de los intentos de colocar todos los aspectos y los grados del poder judicial bajo el control del príncipe soberano, como lo demuestran tanto la doctrina[3] como la práctica codificadora en esta materia[4].

Por estos motivos me parece que en vez de definir como "Estado de derecho" el resultado de la Asamblea Nacional, es más adecuado recurrir a la idea de "Estado-ordenamiento": a causa del contrato entre rey y pueblo estipulado por la Asamblea, la Constitución se convierte en una ley con la que se funda el Estado, «[...] es decir, un ordenamiento jurídico obligatorio que posee el poder de mandar»[5]. Pero podría haber aún algo más: una realidad muy formal y coactiva que comprende en sí misma el Estado y la sociedad, es decir, que consiente, en los términos más tradicionales de toda la historia europea, el encuentro y el desencuentro entre el rey y la nación, pero dentro de unos límites formales respetados de forma precisa, por medio y en nombre del derecho y a través de la aplicación del principio de la división de poderes. La constitución dejaría entonces de registrar y de reflejar el equilibrio de fuerzas y de poderes establecido con vistas a la libertad pero siguiendo el orden tradicional de la antigua sociedad estamental. Serviría expresamente para "crear" un orden nuevo, moviéndose con prudencia entre poderes, órganos y funciones, sin distinguir nunca hasta el final los planos, pero garantizando a fin de cuentas una estrategia triunfante, la jurídica. En definitiva, el "Estado de derecho" como resultado final y no como condición previa o punto de partida del constitucionalismo europeo.

2 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1998.

3 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. de G. Francioni, Milano 1984.

4 L. Berlinguer/F. Colao (eds.), *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, Milano 1989.

5 Duclos, *La notion*, cit., p. 207.

Precisamente por ser jurídica, la estrategia de la constitución debía ser además formal, ya que solo a través de la "forma" podía convertir en poderes diferentes las antiguas potestades. En efecto, la forma crea y limita al mismo tiempo: es decir, crea los poderes y al unificarlos los limita y acota. Asimismo, solo la forma produce, en un plano abstracto, un ordenamiento jurídico unitario y legítimo, obligatorio para todos los ciudadanos y del que deriva la competencia de todo lo que es poder en la colectividad. De este modo, al final, forma e igualdad configuran una hendíadis inseparable, mostrando una vez más la influencia ejercida por Rousseau sobre los Constituyentes[6].

Este, el de un ordenamiento jurídico unitario, legítimo y obligatorio, podría ser el criterio para medir el fenómeno, incluso de dimensiones europeas, del jacobinismo italiano (más allá del posterior constitucionalismo de iniciativa inglesa en el Mediterráneo y de los correspondientes proyectos constitucionales inexorablemente destinados al fracaso). Inspirándose siempre en el ejemplo parisino, al menos como causa desencadenante, esas constituciones fueron en realidad unos productos híbridos de influencia constitucional mixta, con presencia intermitente (a menudo negativa pero a veces también positiva) de otras experiencias, además de la práctica política inglesa. Entre las más significativas está, desde luego, la Carta de la República napolitana proclamada el 21 de enero de 1799, que marcó el comienzo de la gran aventura revolucionaria del Sur continental de Italia. Será, por su significado tanto activo como pasivo[7], señal permanente de todo el *Risorgimento* italiano, igual que ella fue, a su vez, fruto de una larga tradición de pensamiento y de acción del Reino de Nápoles vinculada al mundo del reformismo ilustrado y a las más importantes influencias culturales y científicas europeas[8].

Tras la fuga del rey a Palermo, la primera tarea de los republicanos fue redactar una carta constitucional, siguiendo el ejemplo de lo que había sucedido en Roma, con la intervención de un pequeño grupo de legisladores enviados ex profeso desde Francia. El 20 de mayo de 1799 comenzó en la Comisión Legislativa la discusión del proyecto de Constitución de la República Napolitana, propuesto principalmente por Mario Pagano,

6 Ibídem, pp. 224 ss.

7 V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* (Milano 1806), Introducción y notas de P. Villani, 2ª ed., Milano 1999.

8 F. Valsecchi, *L'Assolutismo illuminato in Austria e Lombardia*, 2 vols., Bologna 1931-1934.

discípulo de Genovesi y de Filangieri y fruto de la importante tradición reformista napolitana del siglo XVIII[9]. Compuesto de un Preámbulo, una Declaración de derechos y de la propia Constitución, el texto es el resultado de una acertada síntesis entre la herencia francesa (según el modelo de la Constitución de 1795) y la tradición ilustrada tanto napolitana como de toda Italia, con la doble finalidad de superar los excesos jacobinos y de proteger lo específico de la experiencia napolitana (tanto la revolucionaria como la reformista que la había precedido, desde la época del primer Borbón, Carlos). Se fracasó en toda regla por el peso superior de las armas y por la supremacía de los ingleses que, desde el 1 de junio de 1799 y desde Procida e Ischa, comenzaron con las matanzas para vengarse y abrieron la sangrienta página de la represión borbónica.

Pero el juego no había terminado y volvió a comenzar en seguida cambiando en parte los autores, precisamente en la Palermo que acababan de abandonar los Borbones y que volvió a acogerlos en 1806 al huir de los ejércitos napoleónicos, y de nuevo con protagonistas ingleses. Además de oponerse con las armas a la expansión francesa, estos trataron en realidad de luchar también, allá donde pudieron, contra los principios “constitucionales” de la Revolución, sin olvidar en cambio, cuando era el caso, el recurso a los que eran propios de Inglaterra. Se pudo hablar así de un “Laboratorio Sicilia” en el cual las líneas doctrinales liberales (desde luego inglesas) se confrontaron con las antiliberales, despóticas y autoritarias del régimen napoleónico[10]. Esto era también fomentado por la tradicional admiración de los reformadores italianos, sobre todo los del Sur, por la constitución y el estilo de vida inglés. El conflicto explotó en Sicilia, en 1810, por el único motivo de la aprobación de unos impuestos que el Parlamento rechazó, provocando no solo la reacción del rey, sino también la intervención de los ingleses en la isla que, entre 1811 y 1814, convirtieron en cabeza de puente, tanto militar como ideológica, contra Bonaparte (que aún ocupaba con sus tropas parte del Reino de Nápoles) y contra el bonapartismo imperante en los estratos liberales.

9 F.M. Pagano, *Saggi politici de' principii, progressi e decadenza delle società*, 2ª ed., Napoli 1791; véase también la antología con textos de Antonio Genovesi, Francesco Longano, Domenico Grimaldi, Francescantonio Grimaldi, Gaetano Filangieri, Francesco Mario Pagano, Giuseppe Maria Galanti, Giuseppe Palmieri y Melchiorre Delfico, en F. Venturi (ed.), *Illuministi italiani*, tomo V: *Riformatori napoletani*, Milano/Napoli 1962.

10 A. Romano, *Costituzione del Regno di Sicilia stabilita dal Parlamento dell'anno 1812* (Palermo 1813), reimpres. Messina 1996.

El nacimiento del "Estado constitucional siciliano" se basaba en la convergencia de dos líneas divergentes. Por una parte estaban, sin duda, los intereses políticos de Gran Bretaña en el Mediterráneo, no solo respecto a Sicilia, sino también a Cerdeña (donde, desde el Piamonte, se habían refugiado los Saboya) y a Córcega, de las que precisamente deberíamos también ocuparnos aquí por el proyecto constitucional de 1794 en la estela de Jean-Jacques Rousseau y del ilustrado piamontés Francesco Vasco Dalmazzo[11]. Por otra parte, era evidente la exigencia de la aristocracia isleña de volver a instaurar su papel de estamento dominante adecuado a las nuevas circunstancias, tanto las relacionadas con la fuerza como con la ideología. En el discurso de apertura del Parlamento extraordinario, el 18 de junio de 1812, el vicario general Francisco Borbón (hijo del rey Fernando) ampliaba el discurso del auténtico texto constitucional a la necesidad de «[...] establecer un orden público bien regulado», señalando el ejemplo de Inglaterra y de «su sabia y bien ponderada constitución»[12]. Paolo Balsamo, principal autor del texto, se refirió desde luego a Blackstone y a De Lolme, combinándolos con la doctrina jurídica tradicional y hasta con viejos capítulos del Reino[13].

El resultado fue un texto desordenado y prolijo que no supo, o quizá ni siquiera pudo, limitarse a los auténticos problemas constitucionales, pero se amplió para "reformar" los sectores más variados del ordenamiento, partiendo del mundo penal para llegar a tocar, en la línea del novísimo *Code Napoléon*, aspectos de la vida moderna quizá demasiado alejados de la realidad siciliana. Si a la ineficacia del texto se añade el clima de agria conflictividad en el propio partido constitucional, se comprenderá el fracaso al que fatalmente se vio abocado el experimento, provocando la insatisfacción de los espíritus liberales por una parte, y el resentimiento de la aristocracia más reaccionaria por otra.

También en España, la oposición a los franceses (apoyada por los ingleses) no era solo militar, sino también ideológico-constitucional, como lo demuestra precisamente el caso de la Constitución de Cádiz de 1812; que, a su vez, no había surgido por casualidad, pues si por una parte es evidente que deriva de la Constitución francesa de 1791, por otra es

11 Para profundizar, véanse los resúmenes del proyecto corso de constitución de Francesco Vasco Dalmazzo, *Suite du contrat social* (1765).

12 A. Romano, "Prefazione", en Íd. (ed.), *Costituzione del Regno di Sicilia*, cit.

13 P. Balsamo, *Memorie sulla istoria moderna del Regno di Sicilia* (1816).

también indudable que en la España del siglo XVIII era conocido el pensamiento constitucional británico, gracias sobre todo a la influencia de Locke (considerable hasta en las Cortes de Cádiz) y a la de Montesquieu, que se infiltraba incluso en las filas de los pensadores reacios a las Luces y a la primera concepción liberal. Por no hablar de la tempranísima recepción, también en España, de la *Constitution d'Angleterre* de De Lolme, que circuló en seguida tanto en el original francés de 1771 como en la traducción inglesa de 1776[14]. Prueba de ello son los autores constitucionalistas españoles como José María Blanco-White y sobre todo Jovellanos, defensores y divulgadores ambos del modelo inglés conforme a la doctrina de la monarquía "mixta" y "equilibrada", una doctrina que fue dominante también en las Cortes de Cádiz, si bien en la versión de los "cuerpos intermedios" de Montesquieu, más respetuosa con las situaciones y las libertades aristocráticas. Así pues, también en este caso, tenemos un híbrido más intelectual que operativo entre las dos experiencias constitucionales más sólidas, una basada en el principio de la tradición y la otra en el de la revolución; pero también en este caso, un proyecto que no pudo ponerse en práctica.

14 J. Varela Suanzes, «El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX», en J.M. Iñurritegui/J.M. Portillo (eds.), *Constitución en España. Orígenes y destinos,* Madrid 1998, pp. 79 ss. En particular, De Lolme fue traducido al español (*Constitucion de Inglaterra, o descripcion del Gobierno Inglés comparado con el democratico, y con las otras Monarquias de Europa*) por Juan de la Dehesa en 1812, pocos meses después de la aprobación de la Constitución de Cádiz, para comprobar precisamente la influencia creciente de los libros franceses en España: J. Varela Suanzes, «La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX», *Revista de las Cortes Generales* 10 (1987), pp. 28 ss., y «Los modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz», en F.-X. Guerra (ed.), *Revoluciones hispánicas, independencias americanas y liberalismo español,* Madrid 1995, pp. 243 ss. La traducción italiana apareció en Palermo en 1814 con el título *Costituzione dell'Inghilterra ovvero lo stato del governo inglese comparato con la forma repubblicana e con le altre Monarchie d'Europa*: véase E. Sciacca, «La recezione del modello costituzionale inglese in Sicilia», en V.I. Comparato (ed.), *Modelli nella Storia del pensiero politico,* vol. II: *La rivoluzione francese e i modelli politici,* Firenze 1989, pp. 307-26. Para Francia, véase G. Bonno, *La Constitution Britannique devant l'opinion française de Montesquieu à Bonaparte,* Paris 1931.

7
Epílogo: legitimidad histórica frente a ideología en el fundamento postrevolucionario del constitucionalismo europeo

Quizá es excesivo interpretar el fracaso del jacobinismo como prueba en contrario de la necesidad de unidad del ordenamiento (con sus indispensables rasgos de universalidad y legitimidad) para que el fenómeno constitucional sea realmente eficaz. Pero puede ayudar a buscar y encontrar algunas líneas de continuidad en el proceso constitucional entre la época de la revolución y la inmediatamente posterior de la restauración.

Tras el tema de la legalidad se descubre, pues, el de la legitimidad que, como el primero, se había presentado ya desde hacía tiempo como uno de los ingredientes originarios de la fase "estatal" de la política occidental, tanto en la configuración interior de los Estados (Jean Bodin) como en la exterior del sistema internacional (Hugo Grocio). Ahora, en la nueva fase "constitucional", ambos temas adquieren una importancia crucial y, combinados entre sí, proporcionan la receta decisiva para fijar la nueva forma estatal que será, para el siglo XIX burgués, el Estado de derecho en su doble forma de monarquía constitucional y de monarquía parlamentaria. Parece sobre todo que el recurso a la legitimidad fue la jugada ganadora entre los intentos de "restauración" realizados en Viena por las potencias vencedoras en los años que siguieron a la caída de Napoleón, gracias a la diabólica labor de mediación realizada por Talleyrand entre los Imperios de Rusia, Austria, Inglaterra y el Reino de Prusia.

Entre los casos más significativos estaba precisaamente el alemán, por la forma que finalmente se le dio a la Confederación Alemana, inventada en sustitución del Sacro Imperio Romano de la Nación Alemana que ya no podía ser "restaurado". El art. 13 del Acta fundamental de Viena del 8 de junio de 1815 (que constituyó precisamente la Confederación el día

anterior a la firma del documento final del Congreso) disponía que los Estados miembros debían dotarse de constituciones territoriales inspiradas en el criterio del principio monárquico (*monarchischen Prinzips*). Puede que se tratara de la decisión más importante que se tomó en el Congreso de Viena, si bien es cierto que ese "principio", reiterado después con la *Wiener Schlussakte* de 15.5.1820, art. 57, representó uno de los momentos fundamentales en el desarrollo del pensamiento y de la práctica constitucional europeos durante el siglo XIX, sobre todo en Alemania pero no solo allí[1].

Durante aquellos años viajaba por Europa, tras el edicto de París decretado nada menos que por Bonaparte, Madame de Staël, hija del último ministro de finanzas anterior a la Revolución, el banquero ginebrino Necker. Quizá nadie personificó mejor que ella el sentido de un constitucionalismo ideológico pero basado en la búsqueda de legitimidad histórica y cultural y caracterizado por ello, no tanto por signos políticos de ruptura jacobina, sino por el reconocimiento del valor (en el gran debate entre romanticismo y clasicismo) de los aspectos intelectuales y morales de la experiencia nacional.

Escritas ya en 1788 las *Lettres sur les écrits et le caractère de Jean-Jacques Rousseau*, en el año 1800 redactó *De la littérature considérée dans ses rapports avec les institutions sociales*[2]. Al margen del contenido, se puede hablar de auténticos manifiestos contra el poder estatal y, al mismo tiempo, de proclamas a favor de la opinión pública y de la libertad de expresión. En este sentido, la actuación de esta mujer extraordinaria se vincula perfectamente a una de las líneas fundamentales del constitucionalismo del siglo XVIII (la pedagógico-política también favorable a la libertad de opinión). *Corinne ou l'Italie* de 1806 y *De l'Allemagne*, mandada quemar en su primera edición de 1810 por Napoleón, son ejemplos de esta actividad, además de las *Considérations sur la révolution française* prácticamente terminadas en 1817 cuando Madame de Staël murió[3].

Al mismo ambiente pertenece también *The History of the Italian*

1 M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Vewrfassungstyp – Frankreich im Vergleich*, Göttingen 1999.

2 Madame de Staël-Holstein, *De la littérature considérée dans ses rapports avec les institutions sociales*, 2 vols., Paris 1800.

3 El manuscrito no fue publicado hasta 1906 por J. Viénot.

Republics in the Middle Ages de Sismondi, una de las cabezas más finas y complejas del pensamiento europeo (económico, histórico y político) de la primera mitad del siglo XIX. En Sismondi actúan complejos motivos ideológicos que deben situarse entre dos extremos: por una parte el de los pequeños Estados y, por otra, el de la vocación europea común a las grandes monarquías de Europa[4].

Hay que citar también otras dos obras de Sismondi (además de los *Nouveaux principes d'économie politique*), con un notable contenido "constitucional" y publicadas por él con un título casi idéntico en un espacio de cuarenta años (1801, *Recherches sur les Constitutions des Peuples libres* y 1836, *Etudes sur les Constitutions des Peuples libres*).

En la introducción a esta última obra[5] Sismondi escribió: «En las ciencias físicas, suele llamarse constitución al conjunto de las condiciones para la existencia de un cuerpo, es decir las que hacen que viva y desempeñe sus funciones. Con esto por analogía se aplica también en el orden político el nombre de constitución al modo de existir de una sociedad civil, indicando con esta palabra el conjunto de leyes y usos que hacen un todo de estos individuos reunidos en un solo cuerpo para actuar en pro de su propia conservación a través de una voluntad común». Si por lo general no debe darse un Estado sin constitución «ya que nada existe sin su forma de ser», Sismondi concluye sin embargo al respecto que solo son considerados como constitución las «condiciones para la existencia» que garantiza la felicidad, condiciones «que la ciencia aprueba». En todo caso, según Sismondi el sistema político de los Estados europeos está en crisis: las

4 El caso y el destino de Sismondi sirven para entender también el éxito del modelo constitucional inglés en el siglo XIX europeo: en la biblioteca de su padre, Gédéon François Sismondi, estaban, por ejemplo, las obras de W. Robertson, *The History of the Reign of the Emperor Charles V*, que salió en 3 volúmenes en 1796, y de W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, en la edición londinese de 1791 en 4 volúmenes. Como se vio, ambas son características de la faceta "republicana" y "burguesa" de la historia constitucional europea, en relación también con la recepción de un autor como Montesquieu, que ocupaba precisamente de manera natural un lugar preeminente en la biblioteca sismondiana: véase F. Sofia, *Una biblioteca ginevrina del settecento. I libri del giovane Sismondi*, Roma 1983, p. 84, así como, Íd., «Il diritto naturale in uno Stato repubblicano. Ginevra alla fine dell'ancien régime», en R. De Lorenzo (ed.), *L'organizzazione dello Stato al tramonto dell'Antico Regime*, Napoli 1990, pp. 9-43.

5 G.C.L. Simonde de Sismondi, *Studi intorno alle costituzioni dei popoli liberi*, Capolago, Tipografia e Libreria Elvetica, 1839, pp. 11, 14, 18, 19, 28 y 34.

viejas repúblicas de Italia, Alemania, los reinos en Polonia, el Reino Unido de Holanda, Suiza –todos han fracasado o están más o menos en crisis–. «Asimismo, el progreso es dudoso en las monarquías constitucionales»: ni en Inglaterra («de estas, con mucho la más sabia y la más dichosa»), ni en Francia (donde «en 1830 el pueblo consiguió una importante victoria en pro del progreso y contra el avance de los partidos retrógrados»), ni en Alemania, Italia, Portugal y España hay indicio alguno de una organización definitiva. Es peor aún en América, en particular en las colonias españolas y portuguesas; en las inglesas la situación sin embargo es mejor aunque «desde hace algunos años no pasa ni un solo día en el que los americanos no hagan sonrojarse a los amigos de la libertad». De Rusia, nada que decir, que «es el único lugar de la cristiandad en el que se puede encontrar un gobierno servil en la más dura y completa desnudez».

Por consiguiente, la constitución debe «ser razonable y estar de acuerdo con el auténtico avance de la ciencia social». Debe garantizar lo que permanece, y también velar por el progreso y crear los «medios» para que lo nuevo pueda «germinar y crecer». Al ser abstracto, ningún principio político es superior a otro: ni el monárquico ni el aristocrático ni el democrático. Todos deben adecuarse a los diversos lugares y tiempos y siempre deben medirse con la tradición, o mejor con los «antepasados», lo que sugiere que «el orden y la medida» se mantienen «en las novedades». Por otra parte, la constitución puede no ser bien comprendida en su más amplio significado cuando, en sentido estricto, es más bien considerada como «un orden acorde con la ciencia social». Por eso, para salvaguardar al pueblo del despotismo, se mantienen en ella su fin y su significado más profundo: «es decir, que no es dada por una autoridad ilimitada ni sometida por ningún grupo».

Me parece oportuno volver a citar, tras Mme. De Staël y Sismondi, a una tercera voz "menor", alemán esta vez, Karl Heinrich Ludwig Pölitz, quien fue un escritor muy prolífico de temas históricos, de derecho público y de ciencias del Estado. Experto –como Staël y Sismondi, y también como Wilhelm von Humboldt a quien desgraciadamente no puedo tratar aquí[6]– en lengua y literatura e historia, nos interesa aquí su sensibilidad

6 De la enorme bibliografía que trata de él quisiera recordar, por su pertinencia con nuestro tema, C. Menze, «Die Verfassungspläne Wilhelm von Humboldts», *Zeitschrift für Historische Forschung* 16 (1989), pp. 329-346, que aborda también la influencia que tuvo en Alemania el modelo constitucional inglés.

histórico-constitucional, como se desprende del título de su obra de 1811-12 *Geschichte der souveränen Staaten des Rheinbundes*, que se convierte en 1817-18, incluyendo también el Imperio austriaco y la monarquía prusiana, en el *Handbuch der souveränen Staaten des teutschen Bundes*. Debe citarse también, en la misma línea, *Die Staatensysteme Europas und Amerikas seit dem Jahre 1783*, una exposición histórico-política de 1826, y, al menos, el maravilloso título de 1831, *Das constitutionelle Leben nach seinen Formen und Bedingungen dargestellt*, junto al más sofisticado aún de 1831-33, *Staatswissenschaftliche Vorlesungen für gebildete Leser in constitutionellen Staaten*[7].

Pölitz es importante sobre todo por la primera colección de textos constitucionales publicada con una intención sistemática y científica, además de con una clara conciencia de la absoluta novedad que representa en su época el nuevo fenómeno de la constitución. La obra *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren. In zwey Theilen* apareció en Leipzig y Altenburg en tres volúmenes entre 1817 y 1825, para ampliarse progresivamente desde la segunda edición de 1832 (*Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*) y colocarse a la cabeza de una producción aun lejos de haber terminado. Esa literatura es una prueba evidente de la difusión epidémica del bacilo constitucional durante los siglos XIX y XX, tanto en Europa como en América, siguiendo un ritmo y con unos períodos que habrán de ser analizados con precisión para poder comprender en su totalidad sus implicaciones y su significado.

Pero sobresalen claramente dos aspectos. El primero se refiere a la continua circulación de los modelos y, por consiguiente, a la posibilidad de elaborar una "tipología" constitucional referible, a su vez, a exigencias histórico-políticos que habrá que determinar según las circunstancias. El segundo apunta, en cambio, a la posibilidad de hallar unas "curvas" precisas de evolución del interés por la constitución a tenor del nivel de evolución de los diferentes sistemas políticos. Bajo este segundo aspecto, se evalúa en particular el grado de unión que, en el entrelazamiento variable de los dos elementos "estado" y "sociedad", se alcanza entre la constitución y la administración durante el largo proceso de "degeneración" del Estado moderno que sigue al período revolucionario-constitucional y

7 Los títulos proceden del artículo del *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 26, reimpresión Berlin 1970, pp. 389-392.

que da lugar, en el amplio y controlado cauce del ordenamiento, a las diferentes “formas de Estado”, espurias todas ellas, en mi opinión, respecto al tipo del “Estado (moderno)” originario – y que se suceden durante los siglos XIX y XX en sus dos variantes principales de Estado “de derecho” y “social”–.

De este breve esbozo de historia constitucional del constitucionalismo se desprende la conclusión de que este representó una de las más elevadas invenciones de la política moderna en su larga historia que comienza, más o menos, en el año 1000. De modo más preciso, su esencia consiste en la invención de un mecanismo de regulación de la relación-tensión entre los intereses de la sociedad y la intervención del Estado. Desde comienzos del siglo XVIII, fue la administración del absolutismo con diferentes grados de ilustración la que proclamó en toda Europa las promesas de felicidad y bienestar, fundamento de la exuberante lozanía económica y social de los nuevos estratos burgueses. Pero fueron estos precisamente los que reaccionaron con creciente suspicacia ante el despotismo administrativo cuando este no sabía regularse por sí mismo mediante las reformas oportunas. No es casual que las cartas constitucionales no interrumpan, sino que aumenten su difusión tras el final de la revolución, acabando por representar el instrumento esencial para una restauración que, en última instancia, solo podrá ser liberadora.

Pero la consolidación “liberal” del Estado de derecho deberá ajustar pronto sus cuentas con el nacimiento de nuevos sujetos sociales y políticos, más allá de sus mensajeros burgueses originarios, dando lugar a políticas de intervención estatal que llevarán al Estado social, sustentadas en el extraordinario desarrollo de las nuevas “ciencias sociales y del Estado”, en la ciencia de la administración, en el derecho público, en la economía política y en la ciencia financiera. Hacia finales del siglo XIX, la voracidad social provocada por las necesidades de la sociedad de masas solo podrá saciarse gracias a una voracidad estatal inesperada que chocaba con los preceptos “liberales” del *laisser faire*. Para Lorenz von Stein, la administración se ha convertido en una “constitución viviente” (*lebendige Verfassung*), aunque perdiendo terreno frente a la urgencia cada vez más amplia y compleja de “prestaciones” estatales que acabarán por exigir una nueva legitimidad y una nueva legalidad. Ante la insuficiente respuesta de la ciencia política y de la sociología, el excedente “político” que resulte de tal inconveniente alimentará las tendencias totalitarias de diferentes tipos que abrumaron Occidente durante la primera mitad (y más) del siglo XX.

Parte segunda

Restauración y liberalismo

1
Legitimación y legitimidad

El periodo 1815 a 1847 que ahora vamos examinar desde la vertiente del pensamiento constitucional europeo se caracteriza por dos rasgos: por una parte, se consuma la separación del Antiguo Régimen y, por otra, se construye una "nueva" Europa basada en principios forzosamente enfrentados a los del "largo" período anterior. No es un error considerar la constitución como un acontecimiento, no solo simbólico, sino muy funcional y práctico para esta transición; con tal de que de esta nueva situación, se estudien no solo su contenido y significado políticos habituales vinculados directamente al fenómeno memorable de la revolución, sino su relación con el profundo cambio que se produjo y también con la época real en el plano social, económico y cultural, por su relación con el nacimiento de nuevos sujetos políticos (además de nuevos modos de producción económica y cultural) que, a lo largo del siglo XIX, ganaron la batalla por la hegemonía.

Quedan así fijadas las líneas del método que habrá de seguirse para reconocer el "pensamiento constitucional" de la primera mitad del siglo XIX, manteniendo la coherencia con lo hecho para el período anterior en la primera parte. Tras el vendaval revolucionario y napoleónico, se seguirá hablando más de Europa que de los Estados, intentando escribir una historia "europea" del pensamiento constitucional en vez de una simple historia comparada (o de la transferencia de modelos) de las diferentes corrientes nacionales de pensamiento. Se verá en particular que el elemento aglutinador de todo el proceso de restauración del orden europeo, fundamento de las negociaciones y de las decisiones tomadas en el Congreso de Viena, fue el principio de legitimidad, considerado como deno-

minador común de las distintas situaciones nacionales. Se interpretó, no en el sentido de restablecer las condiciones anteriores a la Revolución –lo que se estimaba de forma casi unánime como imposible e inútil–, sino en la perspectiva de crear un nuevo orden internacional que debía beneficiar los ordenamientos nacionales tomando como base precisamente el principio de legitimidad. De ello deriva una segunda línea metodológica: la necesidad de considerar "pensamiento" constitucional, no cualquier teoría o doctrina de aquella época referida a la reorganización de la vida política tras el desbarajuste revolucionario, sino solo las reflexiones capaces de comprender la novedad de la época, el *Zeitgeist*. Este será, junto a la perspectiva europea, el segundo instrumento de medida de nuestra exposición, en la inteligencia de que el "pensamiento constitucional" aquí considerado habrá de traducirse en valoraciones concretas aplicables a las necesidades que exigía la reconstrucción de Europa en el plano económico, social, cultural y político en los diferentes Estados que se refundaban tras la caída del Imperio napoleónico, con una referencia especial al nuevo producto que, en cualquier caso, había surgido de la Revolución: la constitución.

De modo que si para el período anterior, casi hasta 1800, se había tratado de describir en la primera parte la prepotente manifestación de una "necesidad" de constitución que se había extendido por toda la Europa del Antiguo Régimen y se había realizado luego con mayor o menor presteza y virulencia a través sobre todo de la revolución –no solo por adhesión, sino también por reacción contra ella–, se trata ahora de ver hasta qué punto las diferentes sendas por las que esa necesidad general se manifestó y fue satisfecha (tradición, revolución, pragmatismo, reformismo) son aún reconocibles en el nuevo recorrido que emprende el constitucionalismo en el período que arranca del Congreso de Viena.

Tampoco es intútil recordar que se anticipaba el proceso de degeneración del "Estado (moderno)"[1]. El creciente grado de aproximación de los dos terrenos normativos, el de la constitución y el de la administración, lleva a la búsqueda –gracias también al desarrollo coetáneo y, por ello, necesario de las "ciencias sociales y del Estado"– de nuevos modelos organizativos de la vida en sociedad. Estos tienden a alejarse de la figura tradicional del Estado, cuya "razón" fundamental era la consolidación

1 G. Miglio, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto «Stato»*, ed. de P. Schiera, Brescia 2007.

(*status*) del aparato técnico del que se servía el soberano para garantizar el gobierno uniforme de los diferentes "órdenes" de ciudadanos o "estamentos" del territorio común. Ahora avanzamos, en cambio, hacia un régimen más popular o democrático, que se caracteriza por la necesidad de gobierno expresada por una "masa" consciente pero indistinta de ciudadanos, dotados de derechos inviolables y convencidos y dispuestos por ello a gobernarse por sí mismos. Es fácil percibir el enorme cambio de sentido al que fueron sometidos en este proceso los dos indicadores políticos clásicos de la legalidad y la legitimidad, por virtud también del papel representado en el proceso descrito por la ideología y la opinión pública.

La intención de los vencedores de Napoleón, reunidos en Viena junto a los representantes de los otros pueblos de Europa, era la de restablecer la unidad cultural europea rota por la revolución[2]. Las razones explícitamente conservadoras de las grandes potencias y de las respectivas dinastías se mezclaban con las presiones sociales de carácter más racional y progresista que imponían una nueva regulación de la tensión entre los intereses de la sociedad y la intervención del Estado en el nombre de unas condiciones de vida cada vez más materiales: en una palabra, del progreso. Si las respuestas más directas se encontraron en la producción económica y la correspondiente "ciencia" de la economía política, no fue menos relevante la orientación coetánea de la reflexión filosófico-política en un sentido de libertad y de responsabilidad individual, sancionadas por la declaración de los "derechos fundamentales" del hombre. Esta fue también una de las principales fuentes del pensamiento constitucional y del correspondiente constitucionalismo, que fue, pues, entendido en un sentido amplio y no solo jurídico-dogmático, como se hace habitualmente. En conclusión, es indispensable prestar atención al doble aspecto, valorativo y técnico, de las doctrinas y las instituciones que caracterizan esta fase de la historia constitucional europea: esto supone en realidad tener en cuenta los dos criterios fundamentales, la legitimidad y la legalidad, pero con la cautela exigida siempre por la investigación de los fenómenos que están a mitad de camino entre la ciencia y la ideología (los numerosos -is-

2 Comte de Angeberg (seudónimo de L. J. B. Chodzko) (ed.), *Le congrès de Vienne et les traités de 1815, précédé et suivi des actes diplomatiques qui s'y rattachent*, 2 vols., Paris 1963; W. Sombart, *Unità di cultura e costituzione in Europa. Tre esempi storici/Verfassung und kultureller Einheit Europas. Drei historische Beispiele*, trad., intr. y ed. de P. Schiera, Napoli 2005.

mos de los que hay que ocuparse a menudo de la historia del pensamiento político)[3].

Si este es el camino del constitucionalismo europeo a lo largo del siglo XIX, para recorrerlo habrá que tener presente que a los cuatro criterios para determinar la "necesidad" constitucional de la que se habló se unieron, tras la experiencia revolucionaria francesa, la expansión napoleónica y la caída finalmente de esta última, en una amalgama que influyó en toda Europa. Es necesario subrayar este rasgo europeo, sin limitarse a considerar los casos de transferencia doctrinal o de comparación de modelos, aunque luego se busquen también las peculiares combinaciones que el proceso adoptó en los diferentes países. Y precisamente por este carácter europeo, el caso americano debe salir de nuestro escenario. Se elimina así la novedad quizá más importante desde la vertiente de la "forma" de gobierno, la que se refiere a la alternativa república/monarquía[4]; en cambio, el aspecto federal no representaba ralmente una novedad tras la "larga duración" del Sacro Imperio Romano y ante la existencia de un modelo *Bund* tanto en Alemania como en Suiza. Desgraciadamente, también el caso ruso seguirá estando excluido de nuestra investigación sobre el pensamiento constitucional europeo. Tras el glorioso 1812 y la igualmente prestigiosa actuación del zar Alejandro en Viena, a Rusia le alcanzó, en efecto, el esfuerzo reformador constitucional procedente de Europa, pero en el plano de la *Weltanschauung* prevaleció la tendencia a favorecer su misteriosa excentricidad histórica, religiosa, cultural y moral. Me parece

3 O. Brunner, «Bemerkungen zu den Begriffen "Herrschaft" und "Legitimität"», en VV.AA., *Festschrift für Hans Sedlmayr*, cit., pp. 166-133. La misma preocupación metodológica caracteriza los *Geschichtliche Grundbegriffe* en los que Otto Brunner, Werner Conze e Reinhart Koselleck han hecho coincidir los resultados de una investigación colectiva sobre algunos conceptos políticos fundamentales que modificaron su significado en aquella época que Koselleck llamó, con gran acierto, "Sattelzeit" y que comprende el período histórico a caballo entre el siglo XVIII y XIX.

4 K.H.L. Pölitz, *Die Staatensysteme Europa's und Amerika's seit dem Jahre 1783, geschichtllich-politisch dargestellt...* Dritter Theil: *Zeitraum von 1814-1825*, Leipzig 1826, pp. 32 ss., señala el año 1815 como el de entrada del sistema americano de Estados en la *Weltgeschichte* (de los Estados Unidos Estado federal, a Haití Estado insular «von Negern und Mulatten gestiftet, und auf schriftliche Verfassungsurkunden gestützt [...]»). Entre 1814 y 1825 hubo un gran crecimiento «der neuen Freistaaten Amerika's»: pero en Europa no surgió más que una sola república (Suiza) entre muchas monarquías; mientras en América hubo solo una monarquía (Brasil) entre muchas repúblicas.

que este es el sentido de la extraordinaria repercusión incluso política de la literatura rusa, de la que se pueden extraer convincentes observaciones sobre todo por lo que se refiere a la opinión sobre Occidente, considerado durante mucho tiempo como el auténtico enemigo del pueblo ruso por los valores y los fines exclusivamente materialistas que ponía en práctica[5].

Era acorde con el carácter europeo del constitucionalismo la dimensión internacional que el proceso tuvo desde el principio, gracias a la huella que dejó el Congreso de Viena y a la permanente acción internacional de las potencias vencedoras (de Austria en particular) para mantener las condiciones allí establecidas y fijadas[6]. El constitucionalismo se tiñó así de derecho internacional. Este aspecto se unió y se superpuso al ya citado rasgo monárquico, dando lugar, con la suma de ambos factores y a través del principio de legitimidad, a la figura (transitoria) del Estado de la Restauración[7]. Ya no "absoluto" pero todavía no "democrático", se

5 A. Besançon, *La falsification du Bien. Soloviev et Orwell*, Paris 1985, y la introducción de V. Strada a la edición italiana (Bologna 1987).

6 La ejecución en el plano internacional del Congreso de Viena se realizó en las etapas sucesivas de Aquisgrán (octubre de 1818: para readmitir a Francia entre las grandes potencias), de Karlsbad (agosto de 1819: para implicar a los monarcas alemanes en el proyecto austro-prusiano del *Deutscher Bund*), de Troppau-Laybach (1820-21: para las insurrecciones de Nápoles y del Piamonte) y de Verona (1822: para la cuestión griega, española y portuguesa). Surgió así un nuevo «Sistema europeo de estados», a cuya consolidación contribuyó también la *Santa Alianza*, representando un cierto papel en la opinión pública europea y otro menor, pero no irrelevante, en la construcción de una *communis opinio* entre entre los gobernantes de las potencias que vencieron a Napoleón. Sobre la Santa Alianza véase la voz coetánea de Karl Rotteck en el *Staats-Lexikon*. Así pues, Metternich definió el Acta del Congreso como «das heutige Grundgesetz des europäischen Staatskörpers»; carta del 7 de febrero de 1818 al enviado en Suiza, citada en Pölitz, *Staatensysteme*, cit., p. 96. Sobre el marco sistemático de la nueva política europea, incluso diplomática, véanse P.W. Schroeder, *Metternich's Diplomacy at Its Zenith 1820–1823*, Austin 1962; Íd., *The Transformation of European Politics 1763–1848*, New York 1994

7 V. Sellin, *Die geraubte Revolution. Der Sturz Napoleons und die Restauration in Europa*, Tübingen 2001, p. 282: «In Talleyrands Argumentation wurde somit die Legitimität zum Gegenbegriff der Revolution [...]. Legitimität war nur noch als monarchische Legitimität, als Gottesgnadentum, vorstellbar». Los vencedores se apoyaban en argumentos de este tipo para dar a Europa un orden duradero, aunque hubiera muchas ambigüedades como subraya Pölitz, *Staatensysteme*, cit., p. 19: «Noch herrscht keine Uebereinstimmung unter den Diplomaten über diesen, erst seit 12 Jahren als politischen Grundsatz aufgestellten, Begriff der Legitimität, weil er bald im weitern, bald im engern, bald im dogmatischen, bald im historischen Sinne gebraucht wird».

cubrirá más tarde con los ropajes del derecho y de lo social. A través de la supremacía que adquirió el ordenamiento, la legalidad y la legitimidad se colocaron, en la mezcla de revolución y de restauración, en una nueva posición que dio lugar, en parte ya en la etapa previa a 1848 pero sobre todo a partir de mediados de siglo, al "Estado de derecho". Pero este será incapaz de responder, con el simple *laisser faire, laisser passer*, a las exigencias sociales fruto de la industrialización, y tenderá a transformarse en "democracia" deformando peligrosamente el origen constitucional de todo el proceso. Pero en aquel tiempo, hasta 1848, la nueva mezcla de legalidad y legitimidad con base monárquica estaba perfectamente "en su época"; es decir, era expresión de un "espíritu" particularmente vivo que consistía en la advertencia precisa e ineludible del deber de enfrentarse a las exigencias o necesidades de "esta" época, midiendo con él las propias acciones que, en muchos terrenos, se convirtieron en "prestaciones" y fueron la huella visible de la presencia de los nuevos individuos a los que se dirigía en particular nuestro constitucionalismo[8].

De ahí el carácter fuertemente político del pensamiento constitucional. Este transmite un contenido muy pragmático, como se desprende de la definición propuesta por Karl Heinz Ludwig Pölitz, el polígrafo de Tübingen que, aun permaneciendo vinculado al marco de referencia tradicional de los Estados alemanes, supo percibir la novedad del cambio que se efectuó en la época de las constituciones: «Con constitución en el nuevo significado del término, entendemos el documento escrito que contiene el conjunto de las condiciones sobre las que reposa la vida interna de un Estado determinado (es decir, realmente existente) en la unidad de sus distintas partes [...]. Así, de la mezcla de lo antiguo y lo nuevo surge el sistema político que los diplomáticos han instituido como sustitución del precedente sistema del equilibrio político y de las nuevas relaciones jurídicas sobrevenidas en muchos estados y reinos desde la época del dominio francés. En efecto, este nuevo sistema político solo puede responeder a las

8 K.H.L. Pölitz, *Das konstitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen*, Leipzig 1831, p. V, habla de «[...] diesen Zeitpunct der schriftlichen Verfassungsurkunden [...]» y lo define expresamente como una *Bedürfniss*: lo demuestran las numerosas constituciones escritas, pero lo demuestra también «[...] der kräftige Aufschwung aller inneren Lebenskräfte und die über das ganze innere Staatsleben verbreitete Ordnung, Gleichmäßigkeit und Festigkeit der staatsbürgerlichen Formen in der Mitte aller der Reiche und Staaten, welchen eine Verfassung gegeben ward, die dem Bedürfnisse des Volkes und der Zeit völlig entsprach».

exigencias de la nueva época si logra abarcar a la vez la vida interna y la externa del Estado»[9].

Esto ya lo intuyó Mme. de Staël en sus *Considérations* póstumas, preguntándose si Francia tenía una "constitución" antes de la Revolución. No lo sabe, pero comenta que la situación se había vuelto insostenible al terminar el siglo incluso para quienes consideraban que en el Antiguo Régimen existía una constitución. De tal modo, concluye, aunque hubiera existido una constitución, la Revolución hubiera sido deseada asimismo para elaborar una nueva y hacer luego todo lo posible por conservarla[10]. La nueva no podía ser sino la preconizada por su amigo Simonde de Sismondi, fundada en las recientes ciencias sociales, capaces de interpretar las condiciones de vida de la época y de dar el impulso necesario a la renovación.

9 Ibídem, p. 1. Definición que puede completarse y comprenderse aún mejor con la observación coetánea sobre la reciente constitución de los Estados Unidos de América: «[...] die neue amerikanische Verfassung vom 17. Sept. 1787 das erste Grundgesetz war, welches in einer schriftlichen Urkunde die wesentlichen Bedingungen des gesammten innern Staatsleben nach ihrem nothwendigen Zusammenhange aussprach und durchführte».

10 *Considérations sur les principaux évènemens de la Révolution Françoise*. Ouvrage posthume de Madame la Baronne de Staël, publié par M. le Duc de Broglie et M. le Baron de Staël, Paris 1818, II éd., Tome III, V[e] partie, Chap. XI: "Y avoit-il une constitution en France avant la Révolution?", pp. 129-154.

2
Nuevos sujetos políticos y viejos criterios constitucionales

Pese a la intensa unidad del carácter europeo que asumió el pensamiento constitucional en la primera parte del siglo XIX, y para mantener cierta continuidad con la situación anterior, quisiera retomar alguno de los criterios ya utilizados para seguir las fases iniciales del constitucionalismo en torno a 1800 y para describir también sus primeros cambios. La primera transformación se refiere a la "tradición". En la reconstrucción posnapoleónica este factor adquirió también pleno significado en el continente, aun por caminos y motivos diferentes. En Francia, sirvió sobre todo para apuntalar el discurso de la "legitimidad", pilar de la reconstrucción estatal posnapoleónica[1]. En Alemania, la apelación a la tradición sirvió más bien para potenciar el discurso de la "legalidad": así se interpretó, en efecto, el recurso al principio monárquico –y, en él, a la constitución territorial-estamental– en el ámbito de la Confederación Germánica[2].

1 G. Ferrero, *Reconstruction. Talleyrand à Vienne (1814-1815)*, Paris 1940, p. 53, sostiene que «[...] les principes d'où découlent les règles pour l'attribution et la transmission du pouvoir –l'hérédité et l'élection dans le monde occidental– sont les principes de légitimité qui etablissent le droit de commander et le devoir d'obéir».

2 Todavía en 1845 Friedrich Julius Stahl escribirá su clásico *Das Monarchisches Prinzip. Eine staatsrechtlich-politische Untersuchung*, acentuando el tono conservador de su concepto de representación popular. En el art. 13 de la *Bundesakte* de 1815 puede leerse: «In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung stattfinden». Véanse K. von Rotteck, *Ideen über die Landstände*, Karlsruhe 1819. Sobre este tema, véase también W. Mager, «Das Problem der landständischen Verfassungen auf dem Wiener Kongreß 1814/15», *Historische Zeitschrift* 217 (1973) pp. 296-346, y sobre todo K. Krüger, *Die landständische Verfassung*, München 2003. Sobre el *Deutschen Bund*: E. Treichel (ed.), *Quellen zur Geschichte des Deutschen Bundes*, Parte I: *Quellen zur Entstehung und Frühgeschichte des Deutschen Bundes, 1813-1830*, Vol. 1: *Die Entstehung des Deutschen Bundes 1813-1815*, München 2000, y las notas pp. 97 ss.

En cambio, en Inglaterra, el discurso de la tradición parece perder terreno ya en los últimos años del reinado de Jorge III ante la evidente corrupción. La insatisfacción por el régimen vigente se manifestaba en el plano teórico del debate ético-político y además en el pragmático de la opinión pública que estaba surgiendo. Los efectos de la Revolución americana repercutieron en Inglaterra sobre todo en la combinación tradición-constitución, junto a una nueva forma de considerar la propia Revolución francesa, antes tan atacada. En el plano constitucional, el resultado fue una doble necesidad: la de ampliar la base electoral y la de organizar el discurso de los partidos. De tal modo, enfrentarse a la tradición llevó a la innovación, con la confusión de los cuatro factores en una dinámica difícil de describir pero utilísima para explicar la circulación de los modelos constitucionales en esta fase especial y tan acelerada del proceso político. Es básico el problema ya citado de los "nuevos" sujetos, sobre todo los económicos y sociales: fue la constitución la que les confirió también dignidad política, de un modo mucho más concreto y pragmático de como se había intentado y logrado a través de la revolución. Fue una vez en más Inglaterra donde el fenómeno consiguió la primera evidencia, como lo demuestra el nacimiento de una opinión pública muy politizada. Esta conciencia de la clase media (*middle rank*) ciudadana no se refería solo a la dominación de la aristocracia territorial, sino que se contraponía a los problemas y las expectativas del proletariado industrial, que se expresarían en lo que se conocía como cartismo.

También en el continente existía el problema de los nuevos sujetos, aun con combinaciones diferentes. En Francia, por ejemplo, se hablaba de clase media (*classe moyenne*) sobre todo bajo la forma de burguesía, con una gran participación de la dimensión burocrático-estatal, es decir, con un fuerte vínculo monárquico-tradicional. Se le contraponía una persistente vocación revolucionaria –en cierto sentido republicana, napoleónica y al fin cesarista– del elemento más popular, que se convirtió después de 1789 en una fuerza constitucional permanente. En Alemania triunfó más bien la necesidad de volver a la tradición estamental (*ständisch*), ya constitucionalizada a lo largo del siglo XVIII (incluido el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) y cada vez más fértil por el reconocimiento de la burguesía (*Bürgertum*), incluido su elemento más "ténico", instruido y culto agrupado en el gremio (*Berufsstand*) de los académicos (*Gelehrten*)[3].

3 K.-P. Tieck, *Staatsräson und Eigennutz*, cit.

El tema de los nuevos sujetos políticos tuvo dos consecuencias principales en el plano institucional: por una parte, un punto de vista completamente nuevo del problema crucial de la representación, sobre todo respecto al papel "legislativo"[4] del Parlamento y a la consiguiente relación-proporción entre la tradicional Cámara alta y la electiva; y por otra, un firme compromiso de resolver los problemas de autogobierno según las diferentes formas que adoptó, respectivamente, en el autogobierno (*self-government*) inglés, en el sistema de departamentos y prefecturas francés (*autonomie administrative*) y en la autoadministración (*Selbstverwaltung*) alemana. En todos los casos se intensificó el recurso a la reforma como instrumento para encontrar la solución adecuada bajo un punto de vista que se caracterizaba, no solo por las opciones ideológicas –destinadas a ganar importancia en la dimensión participativa y competitiva del siglo XIX–, sino también por las decisiones que, en la práctica, inspiró en toda Europa el movimiento liberal[5].

En nuestro período, durante mucho tiempo, la titular de la actividad reformista fue la monarquía. Cuando John Austin tuvo que aplicar su canon analítico al tema palpitante del debate constitucional inglés del siglo XVIII, el de la limitación del poder monárquico, solo pudo concluir: «Como se supone que el del monarca es un poder limitado, decir monarquía limitada es una contradicción en sus términos»[6]. En realidad, Austin se ocupaba de rectificar una definición de *political society* sacada del *Fragment* de Bentham, y establece que «la soberanía no soporta limitaciones» salvo que se trate de la *public opinion*[7]. El trasfondo de esta evo-

4 E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzegebende Gewalt. Von den Anfängen der deustchen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus,* Berlin 1981 (1ª ed. 1958).

5 M. Cioli, *Pragmatismus und Ideologie: Organisationsformen des deutschen Liberalismus zur Zeit der zweiten Reichsgründung (1878-1884)*, Berlin 2003.

6 «As meaning monarchical power limited, the name limited monarchy involves a contradiction in terms» J. Austin, *The Province or Jurisprudence Determined (1832),* New York 1970, p. 241, cit. aquí a través de M. Piccinini, *Corpo politico, opinione pubblica, società politica. Per una storia dell'idea inglese di costituzione,* Torino 2007, quien comenta: «La opinión pública se ha convertido, entre miedo y utilidad, en la otra cara de la soberanía. La historia constitucional del período burgués será valorada desde esta perspectiva».

7 A este propósito, debe citarse el siguiente comentario de Robert Peel en una carta a Wilson Crocker de 23 de marzo de 1820: «Do not you think that the tone of England –of that great compound of folly, weakness, prejudice, wrong feeling, right feeling,

lución constitucional fue descrito por Walter Bagehot como la «creciente democracia estructural del comercio inglés [...]», en el sentido de que esta representaba la vanguardia de una nueva clase de sujetos emprendores, señalando al mismo tiempo un punto decisivo en la transformación del sistema político inglés[8].

En opinión de otro protagonista político liberal-conservador en su país, el historiador Guizot, también en Francia, con la Monarquía de julio y con la nueva Carta de Luis Felipe, se fue consolidando un régimen para defender y conservar los intereses burgueses en el nombre de aquella *classe moyenne* que era ya el partido más fuerte y exclusivo de la monarquía[9]. Reflexiones que se interpretan también de forma a la vez más pomposa (respecto a la clase media) y más prudente (respecto a la monarquía constitucional) en una obra de de 1838 de Duvergier de Hauranne[10].

Mientras, para Benjamin Constant el fin exclusivo de las asociaciones humanas es la «libertad política y, sobre todo, la individual», sobre cuya base evalúa, cotejándolos con la obra de Gaetano Filangieri, «los progresos de la especie humana en legislación y en política desde hace casi medio siglo». Al triunfo de la libertad le acompaña el del comercio, pero ambos necesitan la constitución para funcionar: «Sin constitución, los pueblos no tendrían ninguna seguridad de que las leyes sean observadas». Solo la constitución tiene la fuerza coercitiva necesaria para obligar al poder a respetar las leyes y esto se produce del mejor modo posible en la monarquía constitucional gracias al poder neutro del que goza el rey en ella. Pero es igualmente importante la referencia indirecta al sistema represen-

obstinacy, and newspaper paragraphs, which is called public opinion– is more liberal –to use an odious but intellegible phrase, than the policy of the Government? Do not you think that there is a feeling, becoming daily more general and more confirmed –that is, independent of the pressure of taxation, or any immediate cause– in favour of some undefined change in the mode of governing the country?»; la cita está sacada de B. Fontana, «Whigs and Liberals: the *Edinburgh Review* and the "liberal movement" in Nineteenth-Century Britain», en R.P. Bellamy (ed.), *Victorian Liberalism. Ninenteenth Century Political Thought and Practice,* London 1990, pp. 42-57, la cita en p. 52.

8 W. Bagehot, *The History of the Unreformed Parliament, and Its Lessons. An Essay*, London 1860, pp. 21 ss.

9 F. Guizot, *L'histoire de la France depuis 1789 jusqu'en 1848 racontée à mes petits-enfants*. Leçons recueillies par Madame De Witt, née Guizot, Paris 1878, vol. II, p. 728.

10 P.L. Duvergier de Hauranne, *De la Chambre des Députés dans le gouvernement représentatif*, Paris 1838, pp. 51, 71.

tativo que Constant realiza en este punto: «El gobierno representativo no es más que la admisión del pueblo a participar en los asuntos públicos». La conclusión de la reflexión expresa también la diferencia entre el nuevo pensamiento constitucional posrevolucionario e incluso algo restaurador de Constant y el problablemente ilustrado pero vinculado aún a la imagen del Estado absoluto de Gaetano Filangieri: «Lo que Filangieri quiere conseguir del poder en favor de la libertad, quiero que una constitución se lo imponga al poder [...] Donde Filangieri ve gracia, yo percibo un derecho; y allá donde él implora protección, lo que yo reclamo es libertad»[11].

Aún más interesante es la opinión de Pölitz sobre la misma *Charte* borbónica: en clara oposición al proceso constitucional revolucionario, había sustituido el "principio" de la soberanía popular por el monárquico. Todo el poder estatal emanaba de nuevo del monarca, partiendo de la propia constitución que era, desde luego, otorgada por el rey. A lo sumo, el pueblo participaba en el poder pero no lo fundaba. Y al tratarse solo de participación (y no ya de fundación por parte de todos en el nombre de los principios de libertad y de igualdad), participaba quien podía, es decir, los "pocos y ricos", miembros de la "clase media" ya conocida, en plena conexión con el naciente liberalismo económico[12]. Pese a su pretensión restauradora, la *Charte* da un paso hacia la realización, sobre otras bases, de los principios de la Revolución: consisten esencialmente en el principio de legitimación, aunque con matices diferentes y contradictorios. Y en relación con el caso alemán, Pölitz añade la preocupación por los estamentos, de cuyas variadas situaciones jurídico-constitucionales dependen las diferencias entre los distintos sistemas representativos. En efecto, la nueva monarquía debe admitir la representación, solo que esta –a falta de soberanía popular– se organiza según las fórmulas más diversas que van desde la recuperación de los antiguos estamentos hasta el reconocimiento de las nuevas agrupaciones sociales propias de la «sociedad civil organi-

11 Sobre la recepción y posterior desarrollo del pensamiento constitucional de Benjamin Constant en Portugal y en Latinoamérica a través de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) véase Cristina Nogueira da Silva, "Libertad, derechos naturales y 'multiculturalismo' en el pensamiento de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846)", en Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el derecho*, Madrid 2012, pp. 221-241.

12 Adviértase, entre paréntesis, que el propio Constant escribió de forma breve, al final de su *Commentaire* a las *Oeuvres* del Filangieri: «Pour la pensée, pour l'éducation, pour l'industrie, la devise des gouvernements doit être: Laisser faire et laisser passer». B. Constant, «Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri», en G. Filangieri, *Oeuvres*. Traduites de l'Italien, vol. III, nouvelle édition, Paris 1840, pp. 187-410, para la cita, 410.

zada jurídicamente». Así pues, además del sistema propiamente representativo y del estamental, un auténtico «sistema de intereses políticos», basado en el hecho de que ya no están representados los estamentos sino los mismos intereses primarios del Estado aunque a través de los miembros de la "sociedad civil" provenientes de las distintas profesiones[13]. Este nuevo sistema expresa los «distintos intereses fundamentales de la vida civil» a los que deben corresponder, sin esfuerzo ni coacción, cada una de las «[...] condiciones profesionales al interior del Estado [...]». Me parece que por esta vía, forzando un poco las cosas, se puede llegar fácilmente a la "monarquía social" de Lorenz von Stein, de la que saldrá otro acontecimiento, el período posterior a 1848, en el que el Estado de derecho, siempre en clave constitucional, se transformará en social. Quedándonos por ahora con Pölitz, él distingue tres clases principales de intereses: los de la propiedad territorial, los de las actividades empresariales ciudadanas (manufacturas, fábricas y comercios) y los de la inteligencia (las personas instruidas, los empleados del Estado y los artistas); a este propósito, cita al Freiherr vom Stein que, en la Circular del 24 de noviembre de 1808, escribía sobre todas las autoridades estatales superiores: «Mi plan era que cada ciudadano activo, tuviese cien herraduras o una, o se dedicase a la agricultura, a la fabricación o al comercio, pudiera tener un oficio civil o estar vinculado al Estado por lazos espirituales y tuviera el derecho de representación»[14]. Lo que surge en el plano europeo –aun con diferentes condiciones económicas y sociales que habrían de medirse para comparar las diferentes curvas del desarrollo constitucional de los diferentes países– es el nexo entre representación, intereses, sociedad y economía; un nexo que, dondequiera, pasa por la institución de la monarquía, ya sea para restaurarla como en la Francia posnapoleónica, ya para reformarla en un sentido limitador como en el ejemplar modelo inglés, ya para elevarla a "principio" como en Alemania.

13 Pölitz, *Leben*, cit., p. 81.

14 Ibídem, p. 90. Para una opinión contraria al pensamiento constitucional de Stein véanse M. Hundt, «Stein und die preußischeVerfassungsfrage in den Jahren 1815 bis 1824 (vormodern-ständisches Verständnis)» y W. Siemann, «Stein und der süddeutsche Konstitutionalismus (frühkonstitutionelles Verständnis)», ambos en H. Duchhardt (ed.), *Stein. Die späten Jahre des preußischen Reformers 1815-1831*, Göttingen 2007, pp. 59-82 y 83-98 respectivamente.

3
El constitucionalismo monárquico frente a la monarquía constitucional

Se puede comenzar de nuevo con la Inglaterra de finales del siglo XVIII, cuando ya la doctrina de la "monarquía mixta y equilibrada" había ido perdiendo fuerza gradualmente a favor de un sistema centrado en el Gabinete responsable en primer lugar ante los Comunes. En efecto, se pretendía sustituir el equilibrio de cuño blackstoniano entre monarquía, aristocracia y democracia, bajo el control decisivo de la monarquía, por la relativa supremacía de los Comunes siguiendo una línea *whig* de interpreción muy bien enunciada, desde los primeros años del siglo XIX, por la *Edinburgh Review*[1]. Bagehot será quien señale que el secreto de la eficiencia de la constitución inglesa residía en la estrecha unión, o en la fusión casi completa, de los poderes legislativo y ejecutivo con el *Cabinet* como enlace[2]. La constitución inglesa recibió en Francia toda la atención que merecía a partir de Constant. Pero no es en él, sino más bien en los ambientes de un liberalismo más conservador donde se pueden ver las huellas más profundas del significado que la monarquía siguió teniendo en Francia, incluso tras la Revolución y después de Napoleón. Son huellas tan profundas que explican por sí solas la facilidad –que es también la felicidad, si se me autoriza el juego de palabras– con la que se produjo la vuelta de los Borbones en 1814.

Como conclusión de la obra dedicada a la prehistoria del régimen representativo, François Guizot subraya la importancia política de los dos

1 E.L. Woodward, *The Age of Reforms, 1815-1870*, Oxford 1938, p. 30: «The Edinburgh was a whig journal, conservative in literary standards, but not afraid of innovations in politics». La revista tenía una tirada en torno a los 10.000 ejemplares. Sobre su relevancia político-constitucional, véase B. Fontana, *Whigs and Liberals*, cit., pp 42 ss.

2 W. Bagehot, *The English Constitution*, London 1867, pp. 11 ss.

temas del orden y de la libertad, atribuyendo a la monarquía legítima y constitucional de los Borbones la defensa del derecho y, en consecuencia, el más sólido apoyo al Estado. La legalidad completa así el marco de referencia monárquico, y en la Ley sobre la regencia, que el propio Guizot se apresura a hacer aprobar en 1842 tras la muerte del Delfín, se confirman los principios esenciales de la realeza constitucional, que son «la herencia, la ley sálica, la unidad del poder real y la inviolabilidad [...]»[3]. Aun con una lógica y con un tono diferentes, la postura de Constant no es muy diferente: «La monarquía constitucional tiene una gran ventaja, la de crear este poder neutro en la persona de un rey ya rodeado de tradiciones y de recuerdos y revestido de una potestad de opinión que sirve de base a su potestad política. El verdadero interés de este rey no es en absoluto que uno de los poderes derribe al otro, sino que todos se apoyen, se entiendan y actúen de consuno [...] El rey, autoridad neutra e intermedia, está en medio de esos tres poderes, sin interés alguno, desde luego, por romper el equilibrio, sino al contrario, con todo el interés por mantenerlo»[4].

El secreto de una constitución es que prevea, no solo poderes "activos", sino también un poder "neutro"; de hecho, cuando se hizo recaer toda la autoridad en el legislativo (como en las repúblicas italianas del Renacimiento, durante el *Long Parliament* inglés o en la *Convention* revolucionaria francesa) se convirtió en un poder arbitrario y en una tiranía sin límites; sin embargo, cuando, se incorporó al ejecutivo (como en Roma) dio lugar al despotismo. En cambio, para Constant, el fin exclusivo de las "asociaciones humanas" es la «libertad política y sobre todo la individual».

Pero fue en el mundo alemán posnapoleónico donde la monarquía se revistió de un "principio" expresamente formulado durante el Congreso

3 «l'hérédité, la loi salique, l'unité du pouvoir royal, l'inviolabilité [...]». F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*, 2 vols., Paris 1851, pp. 412, 429-431.

4 «La monarchie constitutionnelle a ce grand avantage, qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne d'un roi, déjà entouré de traditions et de souvenirs, et revêtu d'une puissance d'opinion qui sert de base à sa puissance politique. L'intérêt véritable de ce roi n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuient, s'entendent et agissent de concert... Le roi est au milieu de ces trois pouvoirs, autorité neutre et intermédiaire, sans aucun intérêt bien entendu à déranger l'équilibre, et ayant, au contraire, tout intérêt à le maintenir». B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, 3ª ed., Bruxelles 1837, p. 2.

de Viena y obra suya[5]. Basada en el principio de legitimidad, la política restauradora de las Potencias vencedoras no tenía nada que restaurar en Alemania porque todos los Príncipes había vuelto a su lugar y Austria y Prusia no consideraban urgente pensar en una Alemania unida y menos aún ocuparse de ella. Y tampoco había mucho que eliminar, salvo las consecuencias de la ocupación napoleónica y del correspondiente patrimonio de ideas e instituciones provenientes en parte de la Revolución francesa; y, sin embargo, sin volver del todo a la situación anterior, porque a fin de cuentas el Sacro Imperio Romano algo había significado y, en particular, había cambiado profundamente la posición constitucional de la nobleza y, de manera más general, la de los *Stände*, que debían dar con una nueva regulación jurídica de su *status* al haberse producido, junto al ocaso del Imperio, el del viejo Estado estamental (*Ständestaat*).

Pölitz observa que en su época todavía no estaban de acuerdo los diplomáticos acerca del concepto de legitimidad, fijado sin embargo doce años antes en el Congreso de Viena como principio político fundamental. De hecho, era empleado unas veces en un sentido más estricto, otras más amplio, otras más dogmático y otras más histórico. He aquí explicada en pocas palabras, y además de la época, la amplitud de este concepto fundamental que, sin embargo, Pölitz considera como historiador, y entonces legitimidad solo puede significar «los justos herederos en el gobierno», y esto vale para las monarquías hereditarias (y por lo tanto no para las electivas o para los principados eclasiásticos, y menos aún para las repúblicas). De este modo, se pasa con toda sencillez de la legitimidad a la monarquía que, obviamente, es solo la hereditaria y se implanta el principio monárquico.

Una muy reciente "colección de constituciones" sigue describiendo el principio monárquico como "comienzo de un nuevo curso" y "como fundamento de las constituciones posteriores a la Restauración"[6]. Desde

5 Pölitz, *Staatensysteme* cit., p. 158: «So erhielt auch das practische europäische Völkerrecht seit dem Jahre 1814 eine Erweiterung durch die drei neuen politischen Grundsätze: des monarchischen Prinzips, der Legitimität, und des Rechts der Einmischung in die innern Angelegenheiten eines andern Staates, namentlich bei der Begründung neuer schriftlicher Verfassungsurkunden».

6 D. Gosewinkel/J. Masing, "Introducción" a *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, München 2006, pp. 9-70, aquí p. 25. No puede negarse que, pese a la orden de no continuar con las constituciones, con la Restauración se produjo una reactivación que dio lugar a una especie de «Grundstruktur, die den Frühkonstitutionalismus längerhin

el punto de vista constitucional, no hubo nada relevante en el mundo alemán antes de 1848. La Confederación Germánica, en función de la cual se acuñó en Viena el "principio monárquico", desempeñó una función predominantemente conservadora, cuando no reaccionaria, incluso por el lugar que en ella ocupaba Austria. Es más abierta e innovadora la Unión Aduanera (*Zollverein*) –también con el carácter de "cuestión germánica" (*Deutsche Frage*) que dominará en la opinión pública y en la propia política alemana a partir de 1848–, que requiere sin embargo una interpretación puesta al día en términos constitucionales, más allá del indudable significado en el plano aduanero y económico[7]. En cambio, la reflexión doctrinal fue muy intensa. Sin necesidad de hacer aquí la historia, aun sucinta, del primer liberalismo alemán, bastará con recordar los intentos de enmarcar esos temas en el desarrollo de las distintas ramificaciones de la ciencia jurídica alemana[8]. Entre tanto, en el plano de la politología, en los temas de la constitución y de la monarquía es fácil identificar una línea que va de Dahlmann al *Staatslexikon* de Rotteck y Welcker[9]. Y tampoco

prägen und auch darüber hinaus –ungeachtet vielfältiger Weiterentwicklung– das ganze Jahrhundert über wirkmächtig bleiben sollte».

7 H. Böhme (ed.), *Vor 1866. Aktenstücke zur Wirtschaftspolitik der deutschen Mittelstaaten*, Hamburg 1966; J. Müller, *Der deutsche Bund 1815*-1866, München 2006. Se puede encontrar una primera interpretación histórico-administrativa y constitucional en F. Schönert-Röhlk, «Aufgaben des Zollvereins», en K.G.A. Jeserich/H. Pohl/G.-C. Unruh (eds.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 2, *Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Stuttgart 1983, pp. 285-300. A este respecto, sobre las nuevas tendencias en la investigación véase M. Kreutzmann, «Bürokratische Funktionseliten und politische Integration im Deutschen Zollverein (1834-1871)», *Historische Zeitschrift* 288 (2009), pp. 613-645.

8 H. Brandt (ed.), *Restauration und Frühliberalismus 1814-1840*, Darmstadt 1979.

9 Se pone de manifiesto la intervención de Welcker en la *Badischen Zweiten Kammer* el 15 de octubre de 1831, a consecuencia de la *Revolución de julio* parisina, a favor de una «Vervollkommung der organischen Entwicklung des Deutschen Bundes zur bestmöglichen Förderung deutscher Nationaleinheit und deutscher staatsbürgerlicher Freiheit» por medio de un *Nationalrath*. Müller, *Der Deutsche Bund*, cit., pp. 12 ss., insiste en el endurecimiento que se produjo en 1832 por parte de la *Bundesversammlung*, con un agravamiento de las medidas represivas, presente ya en los *Karlsbader Beschlüsse* de 1819, que condujo al *Verbot politischer Vereine*, así como a la censura de la imprenta y a un control más rígido de las universidades: M.M. Arnold, *Pressefreiheit und Zensur im Baden des Vormärz. Im Spannungsfeld zwischen Bundestreue und Liberalismus*, Berlin 2003.

hay que infravalorar la contribución a estos temas de la Escuela Histórica de la Economía, en cuyo ámbito se atendió concretamente a los aspectos y las modalidades de la necesaria reorganización de la estructura estatal tradicional[10].

Este es, creo, el sentido de la monarquía constitucional en la primera mitad del siglo XIX. Prevalece el papel constitucional de la monarquía (es decir, de creación y de garantía y defensa de la constitución) sobre el de límite de la propia monarquía por parte de la constitución. Por eso prefiero insistir más en el constitucionalismo monárquico que en la monarquía constitucional[11]. En términos generales, la restauración de la monarquía en el Congreso de Viena podría considerarse como un simple fenómeno de continuidad de la tradición, cuando no como una operación reaccionaria en el nombre de viejos intereses estamentales y de concepciones antiguas del mundo y de la política. Pero no se puede negar la evidencia histórica de la enorme novedad que introdujo el instrumento jurídico-político de la carta constitucional; ni puede negarse que, históricamente, ese instrumento fue utilizado en primer lugar por la monarquía. Finalmente, no puede negarse que ambas realidades han entrado en un proceso irreversible, independiente tanto de la constitución como de la monarquía, y que consiste en la enorme energía que han adquirido los factores de producción en la economía y en la sociedad, dando nacimiento a nuevos sujetos y a nuevos objetivos.

10 Ya H. Zehntner, *Das Staatslexikon von Rotteck und Welcker. Eine Studie zur Geschichte des deutschen Frühliberalismus*, Jena 1929, destacó que fue List el primero que tuvo la idea, en 1832, de publicar una enciclopedia de las ciencias del Estado para la educación política de la *Bürgertum* y de los *Beamten*, subrayando el nuevo papel de las constituciones.

11 M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp. Frankreich im Vergleich*, Göttingen 1999, en especial pp. 40-57, 386-411.

4
Constitución y derecho. La representación de la burguesía

De los tres principios que estableció y difundió la revolución, el de la libertad fue el que se aceptó con mayor amplitud en los duros años de la restauración. Fue acogido como un notable factor de transformación y progreso sobre todo en el plano personal del desarrollo individual, pero también, en consecuencia, como una asunción de responsabilidad y como una reivindicación de la capacidad de acción en lo social. Más difícil y lenta fue en cambio su aplicación política, en particular en el ejercicio de una soberanía cada vez más ajena al monarca y atribuida, mediante fórmulas incluso diferentes entre sí, a procedimientos de representación: es decir, correspondientes no solo a la sociedad sino también a la dimensión "interna" del Estado. Más difícil aún fue la aplicación de ese principio en la dimensión "externa", es decir, la internacional que, en ciertos casos, implicaría el abandono de tierras ocupadas por parte de las grandes potencias y, como mínimo, la renuncia de estas a cualquier forma de intervención en la evolución de los asuntos internos de los Estados[1].

Desde nuestro punto de vista histórico-constitucional, el ámbito en el que la libertad individual se mostró más eficaz fue el de la participación de los ciudadanos en el proceso para determinar las medidas destinadas a legislar de manera constante y regulada con el fin de atender a las exigencias y a las necesidades de la sociedad. Era en esta franja intermedia

1 V. Sellin, «Restauration et légitimité en 1814», en *Francia* 26/2 (1999), p. 283; otro hermoso pasaje es que la «legitimidad de los gobiernos» consiste en el «interés de los pueblos», porque «solo pueden ser estables los gobiernos legítimos», ibídem p. 118. Es evidente que argumentos de este género eran útiles para la preocupación principal de los vencedores de darle a Europa un orden duradero: de este modo, la legitimidad se convirtió en el *Leitbegriff* de la Santa Alianza.

donde, entre los siglos XVIII y XIX y en concomitancia con la revolución industrial y comercial, se estaba produciendo la gran transformación. Avanzaba sobre tres pies: el individualismo liberal en rápido desarrollo, la profunda aceleración del sentido burgués de la llamada sociedad civil y la creciente labor reformadora que el Estado debía asumir en consecuencia. Creo que son dos los aspectos del pensamiento constitucional que se deben tener en cuenta: el primero afecta a la relación entre poder monárquico y representación popular; el segundo, dentro de esta, consiste en la relación entre el principio de libertad y el principio de igualdad.

Un resultado que no se podía eliminar de los acontecimientos revolucionarios americanos y franceses de la segunda mitad del siglo XVIII era la definitiva desconfianza hacia el absolutismo monárquico y el continuo e insoportable predominio de la función ejecutiva sobre la legislativa. Este resultado fue posible precisamente por la reivindicación de las fuerzas sociales para participar en el poder de hacer las leyes en una relación más o menos coordinada con el monarca. Por una parte la revolución francesa y por otra la experiencia constitucional inglesa constituyeron los presupuestos para el desarrollo de este proceso después de 1815; pero era también inevitable, obviamente, la referencia a los rígidos criterios restaurativos del Congreso de Viena en un sentido legitimista. En particular, el principio talleyrandiano de la legitimidad se oponía a la pretensión asamblearia de legislar de forma independiente[2]. Es representativo el caso francés porque relaciona la vuelta de los Borbones (es decir, el principio de legitimidad precisamente) con la aprobación de una constitución (ligada inevitablemente a los principios revolucionarios y, por lo tanto, también a la nueva concepción del poder legislativo). En el Senado, que había presentado su propio proyecto de constitución, Luis XVIII contrapuso con rapidez la voluntad de asumir por sí mismo la función constituyente elaborando una *Charte* que, si bien no se diferenciaba gran cosa de la propuesta popular, afirmaba sin embargo que el poder constituyente solo residía en el Rey[3]. Apareció así, en muy poco tiempo,

2 Según Talleyrand, la vuelta de los Borbones a Francia debía servir de precedente para la vuelta de otros soberanos legítimos de otros lugares de Europa (en particular Sajonia, Polonia y Nápoles): véase Sellin, *Die geraubte Revolution*, cit., p. 289: «Die Errichtung des neuen Regimes in Frankreich ermöglichte den Abschluß des Friedens mit der Kriegskoalition gegen Napoleon und schuf damit zugleich die Voraussetzung für die Neuordnung Europas auf dem Wiener Kongreß».

3 La importancia de la cuestión del “poder constituyente” es señalada por Se-

un texto constitucional relativamente liberal que abrió el camino para la paz, combinando los intentos del Senado por legitimar revolucionariamente la invitación al rey para ocupar el trono con la exigencia de este de legitimar su vuelta por un derecho propio nacido de la tradición[4]. En definitiva, esto constituyó una especie de anticipación de todo el Congreso de Viena siguiendo una receta que, a continuación, fue aplicada a todas las cuestiones sobre la restauración que se plantearon en las diferentes partes afectadas de Europa.

Si el problema de fondo era el legislativo, su solución no podía situarse de manera alternativa entre el rey y el pueblo y seguía siendo sometida al recurrente subterfugio del “espíritu de la época”, según el cual «por más legítimo que sea un poder, su ejercicio debe variar según los objetos sobre los que se aplica, a tenor de la época y del lugar. Ahora, el espíritu de la época en la que vivimos exige que en los grandes Estados civiles el poder supremo no se ejerza sin el concurso de corporaciones salidas del seno de la sociedad a la que gobierna»[5].

Esto era también reflejo de que, con la revolución, y más aún con Napoleón, se había consumado la marginación de gran parte de los anteriores poderes estamentales, siendo sustituidos por nuevas fuerzas sociales que exigían –y obtuvieron en seguida de manera inevitable– una estructura constitucional a través precisamente del instrumento de la re-

llin, ibídem, p. 228: «Mit der Erklärung von Saint-Ouen bekannte sich Ludwig also zur konstitutionellen Monarchie. Er wollte die Verfassung des Senats vom 6. April zwar nicht einfach übernehmen, aber wesentliche Bestimmungen dieser Verfassung wollte er aufrechterhalten. Damit war die Aufgabe einer Verfassungsrevision oder einer Verfassungsneuschöpfung gestellt».

4 P. Simon, *L'élaboration de la Charte constitutionnelle de 1814 (1er Avril – 4 juin 1814)*, Paris 1906; Sellin, *Die geraubte Revolution*, cit., p: 268, quien, citando a Beugnot por su *Rapport au Roi sur la forme de la promulgation de la Charte constitutionnelle* del 2.6.1814, sostiene que la *Charte* así promulgada representaba «die Aufhebung der Revolution in der Monarchie».

5 Talleyrand (*Rapport au Roi pendant son voyage de Gand à Paris*, junio 1815), cita tomada de Ferrero, *Reconstruction*, cit., p. 60; sobre esta opinión, véase también Sellin, *Die geraubte Revolution*, cit., p. 284. También Pölitz, *Die Staatensysteme*, cit., p. 5: «Deshalb mußte im innern Staatsleben der gebildeten und gesitteten Völker, an die Stelle der Willkühr, die feierlich ausgesprochen und durch Verfassungsurkunden festbegründete Herrschaft des Rechts [...] eintreten», y termina: «Allein die europäische Menschheit des neunzehnten Jahrhunderts lebt, nach ihren Individuen und nach ihren Völkern, schneller, als die Vorzeit».

presentación. En los treinta años posteriores a la caída de Napoleón (que es precisamente nuestro período) tuvo lugar en toda Europa un movimento en este sentido que siguió dos modelos. El primero era el americano y luego de Sieyès del poder constituyente depositado en la nación; el segundo era el de Talleyrand y del Congreso de Viena del poder descendente, porque este solo podía residir en manos del soberano legítimo entre cuyos deberes estaba también el de adaptar las instituciones a las necesidades (*Bedürfnissen*) de la época. En ambos casos, la carta fue el instrumento al que se recurrió, de modo que se ha hablado a menudo, a este respecto, de dos vías constitucionales diferentes: una revolucionaria y otra restauradora. Me parece más bien que no ha existido más que una vía aunque con variantes. La unidad del camino depende del carácter que he tratado de sacar a la luz en la primera parte de este ensayo: el carácter eminentemente monárquico del constitucionalismo europeo posterior a Napoleón. Esto no supone poner simplemente de manifiesto el dato obvio de que la forma de Estado proponderante en Europa fue la monarquía, sino que quiere subrayar, ante todo, que en esta primera fase, la preocupación más importante era la de volver a otorgarle espacio a la institución de la monarquía, gravemente amenazada y ultrajada por las dos revoluciones (americana y francesa) y genialmente recuperada por Talleyrand gracias al principio de legitimidad. Es entonces necesario examinar el antídoto que atenuó la restauración monárquica en el terreno constitucional, cambiando a la fuerza su sentido en la auténtica dirección del constitucionalismo, que era la de acompañar y secundar las nuevas fuerzas de la sociedad según el espíritu de la época[6].

Después de Francia, fue en Alemania donde el tema de la representación tuvo una aplicación constitucional casi de libro, en el sentido de una solución elaborada de modo artificial en los cuarteles del Congreso de Viena y aplicada a la figura política, nueva y bastante abstracta de la *Deutscher Bund*. En el art. 53 de las *Wiener Schlußakte* del 15 de mayo

6 Sellin, *Die geraubte Revolution*, cit., p. 288: en el Preámbulo de la *Charte* Beugnot hizo escribir: «Wir waren, dem Beispiel Unserer Vorgänger gemäß,verpflichtet, die Auswirkungen der ständig wachsenden Fortschritte der Aufklärung, die neuen Verhältnisse, die jene Fortschritte in die Gesellschaft eingebracht, die Richtungen, die sich dem Geistleben seit einem halben Jahrhundert eingeprägt haben, und die schwerwiegenden Veränderungen, die daraus erwachsen sind, abzuschätzen: Wir haben erkannt, daß der Wunsch Unserer Untertanen nach einer Verfassungsurkunde der Ausdruck eines echten Bedürfnisses war».

de 1820 que se refiere a ella (definiéndola como «una federación concluida entre príncipes soberanos») se recogió el "principio monárquico" del que hemos hablado a menudo. Tuvo precedentes tanto en la constitución bávara de 26 de mayo de 1818 como, antes aún, en el preámbulo de la propia *Charte* de 1814 de Luis XVIII. Es un dato histórico que, a continuación de los acuerdos de Karlsbad entre los príncipes alemanes en agosto de 1819 y del congreso de ministros en Viena entre 1819 y 1820, la conclusión a la que se llegó el 15 de mayo de 1820, una vez comunicada a Frankfurt, se convirtió en «ley general de la Confederación Germánica». Esta se entendía como una unidad política europea, es decir, en un sentido plenamente internacional, como un conjunto de Estados autónomos y soberanos interesados todos ellos en la seguridad interior y exterior de Alemania[7].

En cambio, en el ámbito interno, el terreno de ejercicio del principio monárquico fue el poder legislativo (*gesetzgebende Gewalt*) que vimos ya directamente implicado también en la actuación del principio de libertad que luego mostró ser el fruto más maduro de la revolución[8]. Objeto hasta hoy de minuciosos estudios de historia constitucional, el tema ya había sido tratado directamente por uno de los principales teóricos de la época, Robert von Mohl. No solo escribió en 1841 una *Geschichte der Rechtsgesetzgebung während der ersten 25 Regierungsjahre König Wilhelms*, sino que incluso se había doctorado en 1821 bajo la dirección de Eduard Schrader con una tesis (*dissertatio*) titulada *Discrimen ordinum provincialium et constitutionis repraesentativae* que empieza con estas palabras: «Hace seis años se estableció en el artículo XIII del tratado de confederación germánico que todas las ciudades confederadas se gobernasen por la constitución. Por eso, no se podrá tomar como algo precipitado recorrer con la mirada Alemania y ver cómo se ha sometido a esta ley»[9].

7 Johann Christian Freiherr von Aretin, *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, ed. de K. von Rotteck, 2ª ed., Leipzig 1823 (1ª ed. Altenburg 1824).

8 Sobre el concepto general de revolución remito a M. Ricciardi, *Rivoluzione*, Bologna 2001.

9 R. von Mohl, *Discriminen ordinum provincialium et constitutionis repraesentativae*, Tübingen 1821; Íd., «Geschichte der Rechtsgesetzgebung während der ersten 25 Regierungsjahre König Wilhelms», en *Festschrift zu der Jubelfeier der 25jährigen Regierung Seiner Majestät des Königs Wilhelm von Württemberg*. Ausgegeben auf den 30. Oktober 1841 (= *Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg, Außerordentliches Beilagenheft*), Ludwigsburg 1841, pp. 5-83.

El tantas veces citado Pölitz también atribuye al triunfo del derecho en el territorio, tras la caída del Imperio napoleónico, el mérito principal del ilimitado desarrollo del género humano e incluso el del propio Estado, «porque cada Estado contiene una parte del género humano completa en sí misma y unida para la ciudadanía». Es muy hermoso el comentario que hace, en ese contexto, a propósito del poder del soberano: «Este no es un contrato del Estado según el *De Cive* de Hobbes o el *Contrat social* de Rousseau o la *Restauration der Staatswisssenschaft* de Haller; pero sí es un contrato del Estado por el que abogan la razón ilustrada y la clara conciencia de los propios príncipes. Gracias a este tipo de contratos se asienta el trono y el derecho impera en el seno de un pueblo libre y que progresa»[10].

Se trata de la «vida constitucional conforme a sus formas y condiciones» basada en una carta escrita en la que se codifica la «madurez y la mayoría de edad políticas de los pueblos»[11]. Esta se manifiesta en la forma de la representación, según que se trate del sistema representativo o del sistema estamental o, finalmente, del intermedio entre ambos, el de los principales intereses de los ciudadanos. Y este es el mejor sistema porque está vinculado a las reformas y a una representación bicameral. Se resuelve así la relación entre monarca y pueblo por lo que se refiere a la participación en el poder legislativo.

10 Se trata del «Sistema de reformas», mucho mejor que los otros dos sistemas («de la revolución» y «de la reacción»): véase K.H.L. Pölitz, *Die drei politischen Systeme der neuern Zeit nach ihrer Verschiedenheit in den wichtigsten Dogmen des Staatsrechts und der Staatskunst*, Leipzig 1829. Sobre Hegel –que se ha preferido no incluir en esta presentación del “pensamiento constitucional” de principios del siglo XIX– en el sentido propuesto aquí, véase E. Cafagna, *La libertà nel mondo. Etica e scienza dello Stato nei “Lineamenti di filosofia del diritto” di Hegel*, Bologna 1998.

11 Pölitz, *Das constitutionelle Leben*, cit., p. IV de la Introducción. El título completo de la obra de Carl Ludwig von Haller citada por Pölitz es *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, 2ª ed., Winterthur 1832; contiene un himno a la fuente natural de toda asociación humana y política y, por lo tanto, del Estado al que, por ello, es inútil buscarle otros fundamentos jurídicos (como, por ejemplo, la moderna constitución).

5
Constitución y política. El legislativo

Como reza el título de su libro, el tema de la modernidad de la política es también el tema central para Christoph Dahlmann. Esta modernidad se vincula expresamente a la gran novedad de la constitución, auténtico punto de unión de la «nueva Europa» teniendo como base el modelo inglés al que «aspiran todos los Estados». Esto confirma la admiración de Dahlmann por la historia constitucional inglesa, que había manifestado ya en su traducción al alemán de la *Constitutional History* de De Lolme[1]. Coherente con sus planteamientos político-institucionales, Dahlmann se vio también envuelto en 1838 en el episodio de los "Siete de Göttingen" que representó uno de los puntos álgidos del *Vomärz*, síntoma evidente del aumento de la tensión entre las fuerzas liberales y la postura más bien favorable a la represión del *Deutschen Bundes*. Dahlmann escribió en aquella ocasión: «¿Puede una constitución territorial destruirse como un juguete ante los ojos de la Confederación? Una constitución de la cual es imposible negar que ha nacido con una reconocida eficacia, que ha influido después sobre el futuro de Alemania, y que continuará ifluyendo en el futuro próximo»[2].

1 Las citas están tomadas de F.Ch. Dahlmann, *Ein Wort über Verfassung* (1815). La obra más importante de Dahlmann es *Die Politik, auf den Grund und das Maaß der ergegebenen Zustände zurückgeführt*, vol. I: *Staatsverfassung, Volksbildung*, Göttingen 1835. Para los ensayos menores de Dahlmann, véase Íd. *Kleine Schriften und Reden*, ed. de C. Varrentrapp, Stuttgart 1886.

2 *Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königreich Hannover*, ed. de Dahlmann, Jena 1838. Véase también la introducción de Dahlmann a W.E. Albrecht, *Die Protestation und Erlassung der sieben Göttinger Professoren*, Leipzig 1838. Sobre el episodio de los siete profesores de la Universidad de Göttingen, K. von See, *Die Göttinger*

Como representante del primer liberalismo alemán, Dahlmann presenta ya los rasgos principales de lo que será la gran escuela del liberalismo avanzado en el siglo XIX: capacidad para elaborar teóricamente los ideales de la nueva época y de los nuevos sujetos; actitud pragmática en la persecución de objetivos concretos para la convivencia de dichos sujetos; profundo compromiso de reforma de las instituciones recurriendo ampliamente a los instrumentos cada vez más articulados y completos proporcionados por las ciencias sociales (derecho, economía, sociología) en proceso de cambio[3]: la política como proyección cultural y científica del espacio institucional para la libre acción de los individuos en comunidad; por consiguiente, la política como resultado reflejo y consciente del juego histórico entre Estado y constitución; la política, en fin, como reino de lo posible, de lo que los hombres pueden hacer realmente para darse reglas y activar la convivencia, a través de la constitución y a través de una relación permanente y dialéctica entre la constitución y el Estado: «lo que da al Estado su valor y su peculiaridad debe ser escrito completamente en la constitución: esta es la tarea». Y también, en la introducción a la *Politik*: «antes del Estado no existe ningún estado civil en el que actúen fuerzas ciegas ni hombres sin razón. La condición natural del hombre es poseer la razón para distinguir lo que está por encima y por debajo de él»[4].

El Estado existe desde el principio, pero la tarea histórica de la humanidad consiste en hacer crecer el estatalismo en la conciencia popular e individual. Esto sucede históricamente en los dos niveles: el de la constitución (que representa la unidad del Estado y es, por lo tanto, más fácil de representar) y el de la administración (que, en cambio, se articula en terrenos diferentes y exige por ello un diseño cada vez más complejo a medida que aumentan las tareas del Estado). Esta es la importante contribución de Dahlmann a la historia del pensamiento constitucional alemán, en una línea que terminará por consolidarse en ese concepto de *Rechtsstaat* que luego se convertirá –mucho más allá de lo que era su contenido original en la doctrina alemana del siglo XIX[5]– en el instrumento que guió

Sieben. Kritik einer Legende, 2ª ed., Heidelberg 1977; G. Dilcher, *Der Protest der Göttinger Sieben. Zur Rolle von Recht und Ethik, Politik und Geschichte im Hannoverschen Verfassungskonflikt*, Hannover 1988.

3 W.P. Bürklin/W. Kaltefleiter (eds.), *Freiheit verpflichtet. Gedanken zum 200. Geburtstag von Friedrich Christoph Dahlmann (13. 5. 1985)*, Kiel 1985.

4 Dahlmann, *Die Politik*, cit., p. 3.

5 Entre los coetáneos, véase por todos R. von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft*

la resistencia contra el totalitarismo y refundó el constitucionalismo en el siglo XX y hasta nuestros días.

Siguiendo en nuestro periodo, basta con pensar en Karl von Rotteck, que dedicó al *Rechtsstaat* casi toda la introducción del *Staats-Lexikon*, editado por él junto con Karl Welcker a partir de 1834[6]. Él también partía de la nueva ciencia del derecho, entendida como «doctrina comprensiva de las tareas atribuidas al Estado de derecho y de razón». Su propósito no era sino el de dar a los «titulares del poder estatal una guía, un instrumento para la mejor consecución de todos los fines racionales humanos y civiles»[7].

El poder legislativo se presentó pues como una síntesis de muchos itinerarios transversales del constitucionalismo europeo de la primera mitad del siglo XIX: en primer lugar, como una auténtica barrera para la monarquía restaurada, en calidad de manifestación de la soberanía popular; en segundo lugar, como órgano destinado a producir ese derecho sin el cual el propio constitucionalismo no se hubiera convertido en una

nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen 1832. En cuanto a la literatura actual, véanse: R. Herzog, «Die Grundlagen der Lehre vom Rechtsstaat», en T. Maunz/G. Dürig (eds.), *Grundgesetz, Art. 20*, München 1980, pp. 257-266; Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986; M. Stolleis, «Rechtsstaat», en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* 4 (1990) pp. 367-375; E.-W. Böckenförde, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en Íd., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt 1991, pp. 65-92; Íd., Art. «Rechtsstaat», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 8 (1992), en particular pp. 332-342; M. Fioravanti, «Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale», en Íd., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, 2 vols., Milano 2001, pp. 855-869.

6 C. Rotteck/C. Welcker (eds.), *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehnsten Publicisten Deutschlands*, 15 vols., Altona 1834-1843. Una antología utilísima para nuestro objetivo se encuentra en H. Klenner (ed.), *Rechtsphilosophie bei Rotteck/Welcker. Texte aus dem Staats-Lexikon 1834-47* , Freiburg/Berlin 1994.

7 No es difícil percibir el nexo entre afirmaciones de este tipo y las ya vistas en Pölitz. Esto queda confirmado indirectamente por la opinión sobre la *Staatswissenschaft* de Friedrich Bülau, que fue el continuador de los *Jahrbücher* de Pölitz y publicó en los *Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik*, 2/2 (1839), pp. 268-272, un artículo con el título «Aphorismen über Staatswissenschaft».

práctica; finalmente, como centro de un sistema de representación fundado en los intereses de la fuerza social –la burguesía– que se disponía a convertirse en hegemónica gracias precisamente al constitucionalismo. Resultan útiles algunas reflexiones hechas hasta aquí a lo largo de este ensayo: al reunirlas se concreta el pensamiento constitucional del que estamos tratando; y se demuestra que este no puede quedarse en una mera enumeración de intervenciones teóricas o doctrinales sobre los temas clásicos del liberalismo (el individuo, la libertad, los derechos, la división de poderes, etc.).

La constitución –un episodio auténticamente memorable en la historia constitucional europea moderna, un momento crucial comparable al representado por la creación del "Estado (moderno)" en los albores de la Edad Moderna y al más antiguo de la invención (o el descubrimiento o redescubrimiento) de la política en la Edad Media– fue el compendio de una serie de circunstancias (carencias, objetivos, necesidades) que marcaron, con sus contradicciones, la época entre mediados del siglo XVIII y mediados del siglo XIX (que es también la del comienzo de la propia historia contemporánea: en alemán *Zeit-geschichte*)[8]. Puesto en circulación por la rebelión americana y por la revolución francesa, el instrumento constitucional se salvó de la reacción posterior a la revolución penetrando como una cuña, a modo de instrumento ágil e indispensable, entre la necesidad de acabar con el Antiguo Régimen y con la vieja Europa y la necesidad de preservar posiciones políticas y sociales consolidadas aunque desde una perspectiva de evolución y de cambio ecónómico y social. Junto a la recuperación de la monarquía, se abrió un ámbito para la nueva dimensión de los derechos del hombre y del ciudadano. La operación no habría tenido éxito de no haberse apoyado en formaciones sociales sólidas y con una buena base. Junto a la aristocracia y la monarquía (auténticos ejes, como se ha visto repetidamente, del programa de legitimación desarrollado en el Congreso de Viena) surgieron nuevos estratos burgueses dotados de una nueva fuerza legitimadora, que no provenía de la tradición, sino del

8 Con el fin de dividir en períodos la historia de la ciencia francesa e italiana, se distingue en ella la nueva época de la *historia contemporánea* justamente a través del descubrimiento del tiempo hacia el cual dirigió en adelante el hombre su actividad y su productividad. La historia de la ciencia alemana relaciona estas circunstancias con la noción koselleckiana de "Sattelzeit".

espíritu de la época, y que ahora se difundía ya en un sentido de rendimiento, no solo en un sentido económico, sino también cultural y social[9].

En la intersección de estas dos grandes corrientes se encontraba el motor del legislativo, auténtica fuerza productiva de la época constitucional burguesa, tanto por lo que se refiere a la capacidad estatal de intervención y reforma de la sociedad en vías de transformación, como por lo que se refiere a la flexibilidad de esta última y al grado y al modo de participación en su evolución por parte de los nuevos sujetos sociales directamente interesados.

De allí había surgido y desde allí se había desarrollado el constitucionalismo inglés de finales del siglo XVII, convirtiéndose durante todo el siglo siguiente en el modelo de referencia europeo; y aún en Inglaterra, se llevó a cabo durante la primera mitad del siglo XIX el paso a la fase madura del constitucionalismo (en la propia Europa y también en el gran continente americano, de lo que será muestra el éxito de Jeremy Bentham)[10]. Como sabemos, Bagehot es insuperable al describir las razones sociales del cambio que tuvo lugar en Inglaterra en nuestro período. Resulta especialmente expresivo el contraste que describe entre al antes y el después, entre lo viejo y lo nuevo, centrándolo en una diferencia y un choque de clases que no solo tenía un contenido económico, sino también de comunicación y de sentimientos comunes: «Había una oposición entre las dos clases que hacía que la más alta fuera incomprensible para la más baja, y la más baja desagradable para la más alta. La educación, por otra parte, se generalizaba. La formación política de las clases aristocráticas no era tan superior a la de otras clases como lo había sido antes».

La conclusión es lapidaria y contiene aún hoy un mensaje de historia constitucional insuperable por su simplicidad: «Una constitución adecuada a la Inglaterra de 1700 tiene que ser necesariamente inadecuada para a la Inglaterra de 1832. Cambios tan trascendentales como los que ha

9 Me gustaría recordar el papel representado en Francia, en este ámbito, por el *Code civil*, que no solo «superó sin dificultades la Restauración y los movimientos revolucionarios de 1830 y de 1848» (G. Liberati, "Introduzione" a la edición italiana de F. Wieacker, *Diritto privato e società industriale*, Napoli 1974, p. XVI), sino que se convirtió prácticamente en la biblia de la Monarquía de julio y fue el fruto de la evolución de la sociedad francesa, puesto que dio lugar a la burguesía y la llevó al poder.

10 Para una visión de conjunto sobre las fuentes al respecto, H.J. Hanham, *The Nineteenth Century Constitution, 1815-1914. Documents and Commentary*, Cambridge 1969, en particular los capítulos 1, 4 y 7.

habido en estos años en nuestra sociedad requieren e imponen un cambio semejante en nuestra política»[11].

Son palabras que encuentran confirmación en el debate teórico que se produjo en Inglaterra en aquellos años cruciales, a partir de la aportación de Jeremy Bentham y en particular de su *Constitutional Code*[12]. Oscilando entre el enfoque empírico tradicional de la Ilustración inglesa y la reciente tendencia hacia el positivismo de cuño comtiano, la obra proponía una síntesis de los dos temas clave de la felicidad individual (pero para el mayor número de personas) y de la soberanía popular (ejercida por medio de la *constitutional authority*). Una hermosa pareja de conceptos que permitió una combinación infinita de aplicaciones «para uso de todas las naciones y de todos los gobiernos que sigan las opiniones liberales», como rezaba el título del primer volumen, aparecido aún en vida de Bentham[13]. Aunque posiblemente no estaba en la línea de los eventuales problemas de la reforma constitucional en Inglaterra, la obra de Bentham tuvo sin embargo una grandísima influencia en todo el constitucionalismo del siglo XIX, determinando ese movimiento cultural que lleva el nombre de benthamismo y al que se le dedica una enorme atención en el continente americano y en particular en America del Sur[14].

Volviendo al tema central de mi razonamiento sobre la importan-

11 Bagehot, *The History*, cit., p. 21.

12 Obra muy madura, comenzada en 1822 y publicada póstumamente: J. Bentham, *Constitutional Code. For the Use of All Nations and All Governments Professing Liberal Opinions*, 3 vols., London 1830-1841, ed. en F. Rosen/J. H. Burns, *The Collected Works of Jeremy Bentham*, vol. I: *Constitutional Code*, Oxford 1991. Para nuestros propósitos, véanse: F. Rosen, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford 1983; B. Pendás García, *J. Bentham: Política y derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid 1988.

13 J. Varela Suanzes-Carpegna, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690-1832)*, Milano 2007, p. 115.

14 Véanse también, entre la literatura más antigua, las obras clásicas de A.V. Dicey, *Lectures on the Relation Between Law & Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, 2ª ed., London 1926 (que divide el periodo en tres fases: «old Toryism or legislative quiescence, 1800-1830; benthamism or individualism, 1825-1870; collectivism, 1865-1900), y L. Stephen , *The English Utilitarians*, London 1900, en particular el cap. VI, pp. 235 ss.: «Bentham's Doctrine: 1. First principles, 2. Springs of Action, 3. The Sanctions, 4. Criminal Law, 5. English Law, 6. Radicalism, 7. Individualism». Sobre la compleja y desigual recepción americana, véase la tesis doctoral de P. Rudan, *Dalla costituzione al governo. Jeremy Bentham e le Americhe*, Università di Bologna, 2007.

cia del legislativo para el pensamiento constitucional del principios del siglo XIX, se subraya el nexo que estableció Bentham entre los elementos principales de su política: la *constitutive authority* es expresión de la voluntad popular y reside en el pueblo, en dialéctica con la *legislature* que es el poder omnicompetente (pero no omnipotente) del parlamento (órgano central del Estado, superior incluso al ejecutivo y, como tal, sometido, no a límites, sino a controles)[15].

La importancia de Bentham como "constitucionalista" no está tanto en el valor "liberal" de sus propuestas (en las que, desde luego, fue superado por otros representantes más en la línea de la nueva tendencia) como en la modernidad del método de análisis y de reflexión sobre el sistema social y político (por decirlo en una palabra, de "pensamiento constitucional") que propuso. En el centro se encuentra una noción, no formal, sino sustancial, de libertad, articulada concretamente a través de la libertad de expresión, de imprenta, de asociación, de comercio y de migración de un país a otro; en los principios de garantía y de opinión pública; y basada en el rechazo al gobierno arbitrario y despótico incompatible con el pueblo. Esto explica la influencia de Bentham y del benthamismo en el desarrollo posterior del pensamiento constitucional e incluso en la dirección "social" que encontraremos luego en la segunda mitad del siglo XIX. Entonces se acallarán los temas estructurales de la constitución (gobierno + parlamento) y surgirá el problema tan conflictivo de su contenido, que es también el contenido que se ha de dar también al nuevo Estado; y será el acuerdo incompleto entre estos dos elementos fundamentales el que dará lugar al totalitarismo del siglo XX. Una idea de democracia vinculada a una reforma gradual e impulsada por el principio de expectativa y por la participación popular mediante la ampliación del sufragio: en definitiva, libertad y seguridad[16]. Pero también una democracia que apunta a la ac-

15 Rosen/Burns (eds.), *The Collected Works*, cit., vol. I, cap. VI, pp. 41 ss.

16 F. Rosen, «The Origin of Liberal Utilitarianism: Jeremy Bentham and Liberty», en R. Bellamy (ed.),*Victorian Liberalism. Nineteenth Century Political Thought and Practice,* London 1990, pp. 58-70, aquí pp. 64 ss. Para un ámbito más institucional del período de las reformas, con atención particular al comienzo de la época victoriana, véase Woodward, *The Age*, cit., al que remite también S. Conway, «Bentham and the nineteenth century revolution in government», en Bellamy (ed), *Victorian Liberalism*, cit., p. 71, quien destaca las enormes proporciones de los problemas sociales surgidos ya en la época de Bentham entre uno y otro siglo, a los que éste siempre había respondido con análisis críticos de las instituciones existentes.

tivación legislativa, hasta el punto de que las *Benthamite Ideas* han sido definidas explícitamente como «la reforma del derecho» desde un punto de vista que no se puede resumir mejor que con la expresión «el benthamismo decayó con el espíritu de la época», aunque fuera en la atmósfera dominante del habitual conservadurismo inglés, impregnado de pragmatismo, utilitarismo y sentido común[17].

Es en una atmósfera cultural de este género donde se puede comprender el paralelismo entre las ideas de Jeremy Bentham, el benthamismo propiamente dicho y las corrientes teóricas y doctrinales, pero también organizativas y prácticas que, desde principios de siglo, participaron en el despertar del sistema político e institucional inglés hasta el *Reform Bill* de 1832 y, en general, hasta la subida al trono de la reina Victoria. Me refiero en concreto a los acontecimientos de la *Edinburgh Review*[18] y del cartismo[19], fenómenos que muestran un proceso de modernización del Estado que habría llevado, hacia mediados del siglo, a una nueva concepción del conservadurismo paralela a la visión utilitarista-reformista que describimos ya en el benthamismo. Bajo este aspecto, se señala el valor que John Park otorgó a la entrada en vigor de la *Reform Bill*, que se esperaba que fuera una auténtica revolución para el sistema inglés, con la crisis del radicalismo político y de la mentalidad *whig* y con el vigoroso restablecimiento de los *tories* con una orientación conservadora[20].

17 Citas tomadas de Dicey, *Lectures*, cit., pp. 133, 167. En la p.124 escribió: «Utilitarian individualism, which for many years under the name of liberalism determined the trend of English legislation, was nothing but Benthamism modified by the experience, the prudence, or the timidity of practical politicians. The creation of this liberalism was the death-blow to old toryism, and closed the era of legislative stagnation».

18 Fontana, *Whigs and Liberals*, cit.; F. Jeffrey, *Contributions to the Edinburgh Review*, 3 vols. 2ª ed.,. London 1846. La revista se fundó en 1802 y Francis Jeffrey fue su único editor entre 1803 y 1829.

19 Dicey, *Lectures*, cit., p. 210: por muchos motivos, el cartismo, que se puede datar en la segunda mitad de la década 1830, es el mejor indicador de la contradicción entre una concepción radical y el espíritu tradicional. El principal representante del cartismo, Richard Cobden, dirigió la protesta contra la *Corn Law* que vió, mezclados en una extraña alianza, a los más pobres luchando contra la miseria junto a los representantes de la rica burguesía en lucha contra la aristocracia agraria (beneficiada por la *Corn Law*). En cambio, el redactor de la *People's Charter* en 1838 fue Lovett, autor también de *Chartism: a new Organization of the People*, intentando también conciliar la clase trabajadora con la clase media.

20 J. Park, *Four Lectures, being the first, tenth, eleventh, & thirteenth, of a*

course on the Theory & Practice of the Constitution, London 1832 (en particular los capìtulos “A Conservative Reform” y “The Dogmas of the Constitution”). Park estudió en Göttingen, donde percibió el interés por comparar los aspectos teróricos y prácticos de la constitución. Al mismo tiempo, se contaba entre los numerosos admiradores ingleses de Auguste Comte, de quien cita en la primera página una frase del *Système de politique positive*: «Les savants doivent aujourd’hui élever la politique au rang des sciences d’observation».

6
Cambio social y transformación política

Se podría terminar aquí si no fuera porque hay otro gran constitucionalista que, en la primera mitad del siglo XIX, dio prueba de una inteligencia que se manifestó plenamente a partir de mediados de siglo. Hablo de Alexis de Tocqueville que, junto a Bentham, debe ser reconocido como uno de los mayores pensadores políticos del liberalismo. Aunque solo más tarde, en el *Ancien Régime et la Révolution* de 1856, tratará de explicar los momentos de ruptura y de continuidad en la historia de Europa entre los siglos XVIII y XIX[1], ya en el período entre 1830 y 1848, tan importante para la historia constitucional francesa, percibió el episodio más transformador que entonces se estaba cimentando, aunque fuera del continente europeo: el de la democracia. Se puede empezar por las impresiones sobre la situación "revolucionaria" de Inglaterra que recogió en el *Voyage en Angleterre*, terminado en 1833, pero el discurso solo concluyó gracias a otro viaje mucho más difícil, el que realizó a América del Norte con el fin de examinar y dar cuenta, por encargo del gobierno francés, del sistema penitenciario allí vigente. Desde el punto de vista histórico-constitucional que nos interesa aquí, se dice que lo que más impresionó a Tocqueville no fue ni la estructura federal que se habían dado los Estados Unidos ni la forma republicana de su gobierno, sino más bien el modo articulado y difuso mediante el cual se habían realizado en la sociedad americana los principios de igualdad y de libertad, tan típicos de la experiencia europea

1 Sobre la importancia y el empleo de esta publicación de Tocqueville en la nueva historia constitucional europea, véase G. Stourzh, *From Vienna to Chicago and back. Essays on intellectual history and political thought in Europe and America*, Chicago 2007, 3ª Parte: *The Tocquevillian Moment. From hierarchical status to equal rights.*

y de la francesa en particular, dando lugar a un sistema político absolutamente nuevo que podría incluso servir de modelo para la futura transformación del Estado en Europa.

Pero también para su posible degeneración, como considera desde el principio Tocqueville (y luego cada vez con mayor insistencia), bajo la doble faceta tanto del sistema político (del que prevé una evolución en un sentido tiránico) como de la propia condición humana (que podría empeorar en un sentido excesivamente individualista)[2]. El punto crucial de la reflexión creo que se encuentra en la aparente contradicción en una democracia entre el reconocimiento de la superioridad de la mayoría y la necesidad de ponerle límites continuamente. Si lo pensamos bien, es el mismo problema por el que había entrado en crisis el Antiguo Régimen: por una parte la legitimidad del poder absoluto del rey, por otra la necesidad de ponerle todos los límites posibles. La soberanía del pueblo sustituía ahora –basándose en el principio de igualdad– a la del monarca y se manifestaba a través de la voluntad de la mayoría. El problema era comprender cómo había sucedido eso y, finalmente, cómo podía garantizarse la libertad en una sociedad igualitaria[3]. Pero, antes, el problema era comprender el alcance de la Revolución, no solo en la dimensión personal que había impresionado entonces al propio Tocqueville a través de su familia, sino también por la recurrencia del proceso tras 1789, 1830 y luego 1848-51.

En la primera parte de la *Démocratie* Tocqueville incluyó el capítulo "Tyrannie de la majorité" en el que se bosquejaba cierta "degeneración" del Estado que podía conducir al totalitarismo. «De modo que cuando veo que se le otorga el derecho y la facultad de hacerlo todo a una potestad cualquiera, llámese pueblo o rey, democracia o aristocracia, se ejerza en

2 Para este último aspecto es relevante sobre todo A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, Paris 1840. Véase A.M. Revedin, *Tocqueville e Rousseau. Malinconia e utopia*, Trieste 1992.

3 F. Furet/F. Mélonio, "Introduction" a A. de Tocqueville, *Oeuvres*, vol. III, Paris 2004, p. IX: «Comment comprendre la forme révolutionnaire prise par la transition démocratique en France?». Este es el tema recurrente de la voz sobre "De la Démocratie en Amérique, 1835-40", que Furet escribió en el *Dictionnaire des oeuvres politiques*, dirigido por F. Châtelet/O. Duhamel/E. Pisier, 3ª ed., Paris 1995, pp. 1223-1235. Sobre el tema de la igualdad, véase M. Fioravanti, «Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno», en Íd., *La scienza*, cit., II, pp. 797-819.

una monarquía o en una república, digo: ahí se encuentra el germen de la tiranía, y trato de ir a vivir bajo otras leyes»[4].

En la segunda parte de la *Démocratie* el diseño es más general y abstracto y contiene ya la visión melancólica de una utopía no realizada. En 1848 será evidente en Tocqueville la convicción de la relatividad de los regímenes políticos. Luego vendrá el gran libro de historia *L'Ancien Régime et la Révolution*. A lo largo de este camino es muy posible calificar a Tocqueville como uno de los principales escritores que, en la historia del pensamiento constitucional de nuestra época contemporánea, hicieron de puente entre la democracia y el totalitarismo. Le acompañará dignamente, dos o tres generaciones después, Max Weber (y, entre ambos, Karl Marx).

La referencia a los Estados Unidos permite señalar, finalmente, dos temas de gran fuerza que, sin embargo, se han descuidado en estos breves trazos de historia del pensamiento constitucional europeo entre 1815 y 1847. Me refiero a la república y a la federación. Por lo que se refiere a la primera, es natural que su propia posibilidad de existir estuviera en clara oposición con la premisa de legitimidad sobre la cual construyó su fundamento la restauración posrevolucionaria desde Viena en adelante. Según este principio, solo la monarquía podía ser considerada como una forma de gobierno capaz de enlazar el presente –y más aún el futuro– con el pasado prerrevolucionario. También porque, tras los primeros resultados de la revolución, con la difusión del principio democrático en toda Europa por obra el Imperio napoleónico, se restableció ya un principio monárquico-constitucional. Había asimismo razones de peso que se oponían a la conveniencia del régimen republicano: este podía estar indicado, todo lo más, en pequeños Estados de tercer o cuarto rango en los que, además, podían funcionar también los sistemas representativos monocamerales o incluso directos[5]. Naturalmente, estaba la excepción de Suiza, que recibió un trato particular en el Congreso de Viena gracias al Pacto Federal suizo (*Schweizer Bundesvertrag*) de 1815, que se basaba todavía

4 «Lors donc que je vois accorder le droit et la faculté de tout faire à une puissance quelconque, qu'on l'appelle peuple ou roi, démocratie ou aristocratie, qu'on l'exerce dans une monarchie ou dans une république, je dis: là est le germe de la tyrannie, et je cherche à aller vivre sous d'autres lois». Tocqueville, *De la Démocratie*, cit., I, p. 263, cit. en Revedin, *Tocqueville*, cit., p. 43.

5 Así lo cree Pölitz, *Das constitutionelle Leben*, cit., p. 10.

esencialmente en una multitud de constituciones cantonales impregnadas de un fuerte espíritu tradicional, al menos hasta 1830[6], cuando los acontecimientos franceses liberaron energías más jóvenes también por parte de la aristocracia suiza y se lograron constituciones más democráticas que, a su vez, provocaron una puesta al día de la propia Confederación[7].

El tema de la federación es más complejo. También aquí Suiza representó, obviamente, el ejemplo más revelador, aunque en una versión en la que, durante mucho tiempo, la dimensión local de los Cantones prevaleció sobre la más amplia y general de la auténtica Confederación. Por lo que se refiere a Alemania[8], ante la imposibilidad histórica de restaurar el antiguo Sacro Imperio Romano Germánico (*Heiliges Römisches Reich der Deutschen Nation*) roto en pedazos en 1806[9], la propia *Deutsche*

6 Sobre la capacidad del concepto de orden para evolucionar también en la moderna sociedad burguesa véase, para el ejemplo de Zürich, B. Weinmann, *Eine andere Bürgergesellschaft. Klassischer Republikanismus und Kommunalismus im Kanton Zürich im späten 18. und 19. Jahrhundert*, Göttingen 2002.

7 H. Ulmann, «Europa im Zeitalter der Reaktion», en J. von Pflugk-Harttung (ed.), *Weltgeschichte. Die Entwicklung der Menschheit in Staat und Gesellschaft, in Kultur und Geistesleben*, vol. VI: *Geschichte der Neuzeit: das nationale und soziale Zeitalter seit 1815*, Berlin 1908, pp. 131-239, aquí p. 184; Gosewinkel/Masing, *Die Verfassungen*, cit., p. 30; A. Kölz, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, pp. 181 ss. El *Bundesvertrag* se promulgó el 7 agosto de 1815; comprendía un *Bund* de 22 Cantones "soberanos", cada uno de ellos con su constitución: véase, en particular, Parte VIII: "Die Entstehung der Bundesverfassung von 1848".

8 M. Dreyer, *Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip. Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1987. Véanse también: H. Rumpler, «Föderalismus als Problem der deutschen Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts (1815-1871)», *Der Staat* 16 (1977), pp. 215-228; Th. Nipperdey, «Der deutsche Föderalismus zwischen 1815 und 1866 im Rückblick», en A. Kraus (ed.), *Land und Reich, Stamm und Nation. Probleme und Perspektiven bayerischer Geschichte*. Festgabe für Max Spindler zum 90. Geburtstag, vol. 3: *Vom Vormärz zur Gegenwart*, München 1984, pp. 1-18; además del artículo clásico de R. Koselleck, «Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat», en R. Koselleck/O. Brunner/W. Conze (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart 1972, I, pp. 582-671.

9 Además de la obra clásica de Karl Otmar von Aretin, *Heiliges Römisches Reich 1776-1806. Reichsverfassung und Staatssouveränität*, 2 partes, Wiesbaden 1967 (ver también Íd., *Das Alte Reich 1648-1806*, 4 vols., Stuttgart 1993-2000), véanse, por todos: V. Press, *Altes Reich und Deutscher Bund. Kontinuität in der Diskontinuität*, München 1995: B. Mazohl, *Zeitenwende 1806. Das Heilige Römische Reich und die Geburt des modernen*

Bundesakte –con todo el debate relacionado con ella– mantuvo evidentemente el carácter federal[10]. Ello se debía también al refuerzo –seguido de las secularizaciones y de las mediatizaciones de los primeros años del siglo XIX– de importantes Estados medianos como los reinos de Hannover, Baviera y Württemberg. Estos, a diferencia de los Estados más pequeños y de los estados señoriales mediatizados, preferían una solución confederada –una sociedad de Estados, es decir, una confederación, algo que pudiera configurarse como un cuerpo político federal– a cualquier tipo de restauración imperial. Sobre estas bases, se realiza actualmente una documentada revisión historiográfica de la auténtica entidad histórico-constitucional del *Deutschen Bundes*[11], entendido, por una parte, como

Europa, Wien 2005; W. Burgdorf, *Ein Weltbild verliert seine Welt. Der Untergang des Alten Reiches und die Generation 1806*, München 2006. Con carácter interdisciplinar, la historia del Sacro Imperio con el enfoque de «nacionalismo federal» asociado al moderno Estado nacional alemán, D. Langewiesche/G. Schmidt (eds.), *Föderative Nation. Deutschland-konzepte von der Reformation bis zum Ersten Weltkrieg*, München 2000, (en particular la introducción de los editores, pp. 9-30).

10 «Les Etats de l'Allemagne seront indépendants et unis par un lien fédératif» se decía en la primera Paz de París el 30 de mayo de 1814; en el Congreso de Viena se debatió durante meses sobre la solución técnica que debía adoptarse hasta que surgiese la solución, que deseaban tanto los *Mittelstaaten* como las dos mayores potencias alemanas, Austria y Prusia, de una "politische Federation" como el *Deutscher Bund*, formalizado luego rápidamente en la *Deutsche Bundesakte* sancionada el 10 de junio de 1815. El rumbo propiamente restaurador se emprendió al principio, con los "Karlsbader Beschlüssen" de 1819 y luego con la "Wiener Schlussakte" del 15 mayo de 1820, que declaraba explícitamente el llamado principio monárquico, tras lo cual el príncipe soberano debía conservar "todo el poder del Estado" (art. 57). Ver L. Gall, «Der Deutsche Bund als Institution und Epoche der deutschen Geschichte», en D. Albrecht/K.O. von Aretin/W. Schulze (eds.), *Europa im Umbruch 1750-1850*, München 1995, pp. 257-266; R. Darmstadt, *Der Deutsche Bund in der zeitgenössischen Publizistik. Zur staatlichen und politischen Neugestaltung Deutschlands vom Wiener Kongreß zu den Karlsbader Beschlüssen*, Bern/Frankfurt am Main 1971.

11 J. Müller, *Deutscher Bund und Deutsche Nation, 1848-1866*, Göttingen 2005; Íd., *Der Deutsche Bund*, cit., con bibliografía también para todo lo que se refiere a las fuentes. De la abundante literatura, véanse: E. Weis, *Der Durchbruch des Bürgertums 1776-1847*, Frankfurt am Main 1975; Th. Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1800-1866. Bürgerwelt und starker Staat*, München 1983; R. Rürup, *Deutschland im 19. Jahrhundert 1815-1871*, Göttingen 1984; W. Hardtwig, *Vormärz. Der monarchische Staat und das Bürgertum*, München 1985; H. Lutz, *Zwischen Habsburg und Preußen. Deutschland 1815-1866*, Berlin 1985; H.-U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, vol. 2: *Von der*

una estructura no imperial ni estatal o nacional, sino interesado solo en la permanencia y la seguridad de los Estados miembros, pero también, por otra, como un antecedente del *Deutschen Reichs* de 1871, en combinación o no con el *Zollverein*[12].

También en los Países Bajos se instauró, a partir de 1815, una forma federal de convivencia entre la parte de la población holandesa y belga hasta que, en 1830, Bélgica salió de la unión y se dio una constitución[13]. Pero la cuestión federal fue muy significativa también en Italia, al menos en el plano teórico del pensamiento constitucional, pues fue esa la clave en la que mayor parte de los pensadores políticos vio la solución del problema que, junto al de la liberación de la ocupación extranjera, era crucial para la Península, el de la unificación nacional[14]. Partiendo de situacio-

Reformära bis zur industriellen und politischen "Deutschen Doppelrevolution" 1815-1845/49, München 1987; E. Fehrenbach, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871*, München 1992; W. Siemann, *Vom Staatenbund zum Nationalstaat. Deutschland 1806-1871*, München 1995; D. Langewiesche, *Europa zwischen Restauration und Revolution 1815-1849*, 4ª ed., München 2004. Sobre la *Bundesakte*, la opinión de Müller es drástica: «sie war kein Gründungsdokument eines nationalen (Verfassungs-) Staates, sondern lediglich ein dürres Organisationsstatut für eine Allianz von heterogenen Einzelstaaten. Gleichwohl bedeutete die Bundesakte keine generelle Absage an die weitere politische, ökonomische und soziale Integration Deutschlands»(*Der Deutscher Bund*, cit., p. 6).

12 W. Hardtwig/H. Hinze (eds.), *Vom Deutschen Bund zum Kaiserreich 1815-1870*, Stuttgart 1997. La incapacidad prusiana en el ámbito nacional se atenuó por el enorme éxito del sistema aduanero que englobó gradualmente, gracias al ministro prusiano von Motz, los Estados miembros del Deutscher Bund anexionados a Austria. Por otra parte, los territorios del norte se unieron a comienzos de la segunda mitad del siglo. Sobre la unión aduanera, de modo especial, A.-W. Hahn, *Geschichte des Deutschen Zollvereins*, Göttingen 1984.

13 La constitución belga –resultado de una suma de elementos heterogéneos unificados en la revolución independentista que estalló en Bruselas ante la noticia de la revolución parisina de julio de 1830– es considerada unánimemente, con la de Cádiz de 1812, como un modelo privilegiado del desarrollo constitucional europeo de la primera mitad del siglo XIX.

14 P. Schiera, "Presentazione", en J.-C.-L. Simonde de Sismondi, *Storia delle Repubbliche italiane*, Torino 1996, pp. IX-XCVI. Para el significado que tuvo el elemento federal hasta mediados del siglo XIX en la recepción del constitucionalismo norteamericano a través de los liberales italianos, véase G. Bognetti, *The American Constitution and Italian Constitutionalism. An Essay in Comparative Constitutional History*, Bologna 2008, pp. 17-19, 26.

nes históricas diferentes e incluso con fines políticos distintos, escritores como Gioberti, Balbo, Capponi, Ricasoli y d'Azeglio propugnaban la independencia y reformas políticas y administrativas siguiendo una vía legalista y filopapal. A muchos de ellos la solución federal para la unificación del país les parecía la única realizable históricamente, teniendo en cuenta los fuertes intereses que las potencias vencedoras, Austria en primer lugar, tenían en Italia y que habían sido rechazados por el Congreso de Viena[15]. La propuesta más sólida fue quizá la presentada por Gioberti de una Confederación italiana bajo la guía del Papa, soberano del Estado de la Iglesia y pontífice de Roma, fundándose en las esperanzas que suscitó en 1846 la elección de Pío IX quien, al principio, mostró su inclinación hacia posiciones liberales. Más excepcional aún fue el caso de Giuseppe Mazzini, pensador y agitador político italiano que ejerció su influencia en toda Europa. La *Giovine Italia* fundada por él en 1831 inspiró una seria de motines –contra la opción monárquica del ala moderada del nacionalismo[16]– todos ellos con un fundamento unitario y republicano, que no tuvieron éxito y produjeron el efecto opuesto de favorecer las corrientes más moderadas del *Risorgimento* y, en particular, la neogüelfa. En todo caso, el tema federal era tan sensible que repercutió incluso en teorías políticas de alto nivel, como las que elaboraron sucesivamente Carlo Cattaneo y Giuseppe Ferrari, que propugnaban el federalismo basándose en los intereses económicos y sociales de las regiones.Tanto más sorprendente

15 En realidad, Italia fue el único país en el que todo quedó como antes y esta fue, de hecho, la verdadera compensación que Austria obtuvo por su parte en la victoria sobre Napoleón. Sobre el concepto del *Deutscher Bund*, equiparable a las reflexiones austriacas sobre la reestructuración federal de Italia, véase K. Grossmann, «Metternichs Plan eines italischen Bundes», *Historische Blätter* 4 (1931), pp. 37–76.

16 Para el pensamiento nacionalista italiano de la Restauración, A.M. Banti, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell'Italia unita*, Torino 2000; P. Bagnoli, *L'idea dell'Italia 1815-1861*, Reggio Emilia 2007; M. Isabella, *Risorgimento in Exile. Italian Émigrés and the Liberal International in the Post-Napoleonic Era*, Oxford-New York 2009. Con carácter general, para las corrientes de pensamiento en la Italia de la primera mitad del siglo XIX, K. Singer, *Konstitutionalismus auf Italienisch. Italiens politische und soziale Führungsschichten und oktroyierten Verfassungen von 1848*, Tübingen 2008, pp. 22-34 (evolución de la idea de constitución), 61-72 (los debates públicos sobre la constitución teniendo en cuenta en particular las reflexiones de Romagnosi). Sobre los orígenes del pensamiento constitucional italiano en el «largo siglo XVIII ilustrado», A. Trampus, *Storia del costituzionalismo nell'età dei Lumi*, Roma-Bari 2009.

resultará la realidad de los acontecimientos históricos, la solución centralista que tuvo la unidad italiana gracias a Garibaldi y a la expedición de los Mil, que dio lugar en 1861 al Reino de Italia que se le confió a la dinastía piamontesa de los Saboya.

7
El sueño de la revolución liberal de 1848

Quisiera añadir, a modo de conclusión, que a lo largo del *Vormärz* perdió pie lenta y progresivamente una acepción propia del contenido de la constitución y del constitucionalismo vinculada al desarrollo de la ideología Estado-sociedad, así como a la «aspiración a la perfección» y al creciente interés por «las constituciones estatales y las formas de gobierno»[1]. Se preparó de este modo el viraje al período posterior a 1848, en el que el constitucionalismo se convertirá en un problema de valores y principios y de ideologías y doctrinas. La constitución logró entonces conquistar plena autonomía respecto al ordenamiento, sobre todo después de que la cuestión del legislativo encontrara soluciones institucionales parlamentarias equilibradas entre el pueblo y el monarca, gracias a los resultados, más o menos tardíos, de las revoluciones de 1848. El derecho constitucional ocupará cada vez más el lugar de las ciencias sociales y del Estado y se repartirá con la otra criatura, el derecho administrativo, el interés no solo de los juristas, sino de todos los que se ocupaban de los problemas del Estado y de su adaptación a las crecientes necesidades y expectativas de una sociedad que iba perdiendo gradualmente su carácter "civil-burgués" para adquirir el de "masa".

No se puede adelantar demasiado respecto al periodo posterior a 1848. Pero debe decirse con claridad que, al menos desde el punto de vista de la historia del pensamiento constitucional, 1848 representó un viraje

1 K. von Rotteck, *Allgemeine Geschichte vom Anfang der historischen Kenntniß bis auf unsere Zeit*, Braunschweig 1844, vol. I, *Allgemeine Betrachtungen über die erste Periode*, Cap. I, "Bürgerlicher Zustand; 1. Kultur überhaupt", § 1, p. 208; y II. "Staatsverfassung und Regierungsform", § 2, p. 210, respectivamente.

importante, semejante en cierta medida al de 1789. Aquel año salieron dos obras que no hubieran podido dibujar mejor el perfil del nuevo panorama social y cultural que estaba madurando: el *Manifiesto del Partido Comunista* de Marx y Engels y los *Principles of Political Economy* de John Stuart Mill. Los campos opuestos quedaban bien señalados en adelante y se iban precisando las respectivas ideologías. El constitucionalismo ya no debía servir a la monarquía, sino que debía cargarse de objetivos y de banderas vinculadas a las diversas expectativas de una sociedad en rápida evolución y, sobre todo, cada vez más henchida de expectativas de intervención por parte del Estado. El Estado de la restauración, de Estado de derecho, se convirtió en Estado social y, gracias al crecimiento de la administración, recuperó e incluso superó el nivel de compromiso y de prestaciones propias del Estado de policía del siglo XVIII. El ejecutivo contra el que se lanzó la revolución, recuperó ahora toda la autoconfianza, gracias solo al reconocimiento de una ciencia del derecho público sofisticada y sabia, capaz aparentemente de asegurar una cobertura formal a los excesos en las expectativas y en las prestaciones[2].

Todo esto no impide que el proceso de realización del constitucionalismo, iniciado como se vio en el siglo XVIII, prosiguiera su curso en la segunda mitad del XIX, aunque con fines y –quizá también– contenidos nuevos. Se consolida así un fenómeno que hemos aprendido a reconocer como europeo y como estrechamente vinculado a los problemas políticos de una sociedad, como la europea, productiva y burguesa, que aún durante todo el siglo XIX seguirá considerando el instrumento de la constitución como la vía para resolver sus exigencias de consolidación y de hegemonía. La mejor demostración de ello es el canal especial de transferencia de modelos constitucionales que se realizó gracias a la enorme difusión de obras que, en distintos países y en distintas lenguas, recogían las constituciones que iban entrando en vigor de forma progresiva, ilustrando sus valores y sus defectos y proporcionando con frecuencia, en aclaradoras introducciones, comentarios referidos tanto a los diferentes textos constitucionales, como al significado político del proceso que se es-

2 R. Gherardi/P. Schiera, «Von der Verfassung zur Verwaltung: bürgerliche Staatswissenschaft in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung», en E.V. Heyen (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Regime. Europäische Ansichten*, Frankfurt am Main 1984, pp. 129-146.

taba realizando[3]. El estudio de esas "colecciones" muestra que, aun sin debilitar el valor fundamentalmente liberal que se le debe atribuir al constitucionalismo en sus diversas manifestaciones históricas europeas, existe sin embargo la necesidad de dejar más espacio al elemento pragmático que formó la trama del constitucionalismo desde el principio, en el sentido de que el instrumento constitucional fue, tras la Revolución francesa y también tras el Congreso de Viena y la Restauración, el modo más simple e indispensable para reconquistar la legitimación para las comunidades políticas en formación, por muy viejas o muy nuevas que fueran. Y esto prescindiendo prácticamente de los contenidos de las diferentes Cartas constitucionales y dejando a salvo el principio fundamental de la libertad individual que, desde entonces, es básico en las declaraciones de derechos.

Las "colecciones de constituciones" a las que me refiero fueron realizadas a centenares, por motivos diferentes entre sí y con un amplio abanico de objetivos que iban desde el apoyo técnico para los legisladores progresivamente comprometidos a la elaboración de Cartas, pasando por la formación de expertos en las facultades de derecho y de ciencias políticas (con fines didácticos, pues, para la formación de futuros operadores) y –sobre todo desde la ruptura de 1830[4]– por la creación de una opinión

3 Que tiende un arco desde la colección de K.H.L. Pölitz, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit: mit geschichtlichen Erläuterungen und Einleitungen*, 4 vols., 2ª ed., Leipzig 1832-1847 (precedida, entre 1817 y 1825, por la anónima *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, 2 partes) a la muy reciente de Gosewinkel/Masing, *Die Verfassungen*, cit. Véanse también la colección de constituciones publicada entre 1820-1821 durante la Revolución napolitana con textos de Italia, Francia, España, Noruega y USA: A. Lanzellotti (ed.), *Costituzioni politiche delle principali nazioni raccolte da...*, 3 vols., Napoli 1820-1821. Del periodo más reciente, véase D. Willoweit/U. Seif (eds.), *Europäische Verfassungsgeschichte*, München 2003; H. Dippel (ed.), *Constitutions of the World 1850 to the Present. Verfassungen der Welt 1850 bis zur Gegenwart*, München 2004 ss.; Íd. (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century. Sources on the Rise of Modern Constitutionalism/Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhunderts bis Mitte des 19. Jahrhunderts. Quellen zur Hausbildung des modernen Konstitutionalismus*, München 2005 ss. Véase también la útil sinopsis sobre las más recientes ediciones de constituciones y el descarnado balance crítico respecto del panorama de la evolución de la historiografía alemana de E. Grothe, «Die große Lehre der Geschichte. Über neuere Editionen zur Verfassungsgeschichte», *Rechtsgeschichte* 9 (2006), pp. 148-166.

4 J.A. Schmidt-Funke, «Revolution als europäisches Ereignis. Revolutionsre-

pública burguesa educada políticamente, hasta la auténtica batalla ideológica a favor de uno u otro modelo constitucional. De aquí puede deducirse la profunda capacidad también ideológica del constitucionalismo para introducirse en la evolución social realizada durante el siglo XIX tanto por la burguesía europea como por los nuevos estratos populares emergentes.

zeption und Europakonzeptionen im Gefolge der Julirevolution von 1830», *Jahrbuch für Europäische Geschichte* 10 (2009), pp. 149-194, quien destaca la enorme diversidad de los procesos de transferencia de la Revolución de julio, los cuales fomentaron la formación de la opinión pública europea y la experiencia de Europa.

De la cuestión social al totalitarismo: hacia la globalización

La primera fase del constitucionalismo europeo se caracterizó por la confluencia, realmente afortunada, de los elementos históricos de la tradición, la reforma y la revolución. La segunda fase, una vez "acabada la revolución", mantuvo los criterios de la tradición y la reforma, sustituyendo, por decirlo así, la revolución por la administración y conjugando luego dichos criterios en una clave que quería ser vieja (es decir, de restauración de los buenos tiempos antiguos, cuando no del antiguo régimen) pero que demostró ser novísima: la de la legitimación. En la tercera fase de desarrollo del constitucionalismo se asiste a una fuerte torsión de este último aspecto en términos cada vez más "con-temporáneos".

El período que siguió a 1848 fue el de mayor desarrollo del constitucionalismo como discurso político, tanto desde el punto de vista doctrinal (liberalismo) como desde el institucional (monarquía parlamentaria representativa). Partiendo precisamente del simbólico año 1848 se tiene una representación plástica de los ingredientes principales de la receta político-constitucional del poder –finalmente "constituido"– de la clase que, desde hacía un siglo, esto es desde el comienzo del "discurso" constitucional, aspiraba a la hegemonía: la burguesía.

Los ingredientes son el pueblo, la nación, el parlamento, el electorado, los partidos, y la reforma social y democrática. Cada uno de ellos expresa, sintética pero también por ello ideológicamente, aspectos de la necesidad de modernización que pasó desde entonces a ocupar el lugar de la vieja necesidad de constitución de la que partimos para conocer los orígenes del constitucionalismo en el siglo XVIII. Me refiero a la necesidad, por una parte, de responder a las demandas de asistencia motivadas por el incesante avance de la revolución industrial y por los enormes cambios

tanto territoriales (urbanismo) como sociales (proletariado) que provocó en la población y, por otra, de ampliar la base de la representación popular sobre la que descansaba cada vez más el consenso exigido por la nueva forma de gobierno de base parlamentaria. Tras declararse en el período revolucionario los principios de libertad e igualdad, era ahora la bandera de la fraternidad la que ondeaba como una amenaza para el criterio de legalidad (burguesa) que el constitucionalismo había formalizado durante la primera mitad del siglo gracias al modelo del "Estado de derecho".

Se trataba de nuevas necesidades a las que no había podido dar respuesta la revolución inmadura de 1848, que en realidad se había agotado rápidamente al debilitarse la interpretación "liberal" de los verdaderos problemas que empezaban surgir, contando entonces tan solo con las "concesiones" constitucionales de los monarcas y desatendiendo –o no percibiendo– la formación de nuevos sujetos políticos: el proletariado, es decir nada menos que las masas.

Pero la "fallida" revolución liberal de 1848[1] no fue inútil ya que, por el contrario, favoreció la consolidación, precisamente en torno a la Constitución, de todos los aspectos doctrinales e ideológicos que, antes de marzo de 1848 (*Vormärz*), tenían vida propia. Dicha consolidación fue debida también a la nacionalización del problema económico que, en la segunda fase de la revolución industrial, imponía intervenciones cada vez más apremiantes en la formación y la tutela de los mercados "nacionales"[2]. Así aunque hasta entonces había bastado con una gestión "confederada" (como en el caso alemán de la *Deutscher Bund* y de la *Zollverein*), ahora tenía un peso político creciente la cuestión económica y financiera. Para responder a ello solo se contaba, una vez más, con las monarquías, que recibieron así una nueva legitimación y reforzaron su propia posición constitucional. Pero su respuesta resultó ser cada vez más "nacional" en la medida que debían basarse en una *fictio iuris* como el "pueblo", una vez liberado del aura romántica que lo había hecho nacer[3].

Inevitablemente, el viejo sistema se fue agrietando, moviéndose

1 C. Dipper/U. Speck (eds.), *1848, Revolution in Deutschland*, Frankfurt am Main 1998.

2 I. Cervelli, *Liberalismo e conservatorismo in Prussia, 1853-1858*, Bologna 1983.

3 M. Ricciardi, «Linee storiche sul concetto di popolo», *Annali dell›Istituto storico italo-germanico in Trent* 16 (1990), pp. 303-369, así como todo el fascículo del *Giornale di storia costituzionale*, 18 (2009), dedicado al tema «Politiche del popolo».

en una dirección democrática pero sin sacrificar las viejas instancias autocráticas de la monarquía. Por decirlo lisa y llanamente, la confrontación bipolar entre esta última y las fuerzas liberales se complicó y se amplió a sujetos no tomados hasta entonces en consideración porque aún no eran portadores de necesidades explícitas. La nueva perspectiva democrático-liberal encontró muchas vías de actuación. En primer lugar la inglesa de la constante atención reformadora a los cambios que se realizaban tanto en el plano interno como en el internacional. También la alemana del constante análisis científico, conectada a la atención a la educación (*Bildung*) de toda la población (pero sobre todo de la clase dirigente) y a un reformismo de tipo social con objetivos casi de religión laica. Para acabar con la francesa, que se manifestó, como era usual, por vías drásticas que preludiaban dramáticamente futuros desarrollos en una dirección populista-cesarista y, en consecuencia, de tendencia autoritaria.

Pero no fue solo la monarquía la que representó un papel importante en el cambio que se estaba produciendo: en los tres casos históricos que hemos atendido hasta aquí la situación se presentaba, en efecto, de una manera muy estructurada.

Si empezamos por la Gran Bretaña en el largo periodo victoriano, bajo el reinado de la reina Victoria tuvo lugar un poderoso refuerzo de los poderes fuertes de la sociedad. Según la brillante interpretación de Bagehot[4], se apoyó en la capacidad de asimilar valores viejos y nuevos y de comunicarlos y hacerlos circular por obra de una *public opinion* que supo asegurar, más aún que el sistema de partidos, la continuidad y la flexibilidad del sistema político. La distinción pragmática entre la vertiente realista de la política (representada por el liberalismo económico) y la simbólica (encarnada en los mitos y en los ritos de una sociedad burguesa totalmente apegada al estilo monárquico) acompañó e hizo posible el triunfo del modelo inglés en el mundo, por mimetismo frente a los otros Estados civilizados o por imposición respecto a las diferentes partes del imperio colonial.

Distinta fue la cuestión en Alemania, donde la evolución constitucional no podía dejar de enfrentarse, después de 1848, al gran problema de la unificación nacional. Este era también, desde luego, un problema ideológico y cultural, pero tenía poderosas razones de carácter práctico manifestadas en las exigencias económicas de mercado, así como en las

4 W. Bagehot, *The English Constitution*, London 1867.

razones políticas de una "gran potencia" que el propio funcionamiento del sistema europeo de Estados imponía. Pero la solución de la "cuestión alemana" (*Deutsche Frage*) encontraba enormes problemas en ambas direcciones por la inevitable dualidad austro-prusiana que la caracterizaba. Durante toda la parte central del siglo había estado presente la alternativa entre la solución de la "gran Alemania" (que comprendía Austria y hacía por lo tanto imposible el escapar a su hegemonía) y de la "pequeña Alemania" (sin la monarquía de los Habsburgo y, por ello, bajo la inevitable hegemonía prusiana); y solo se encontró una solución drástica con la guerra, que enfrentó a los dos países por el control de Schleswig-Holstein y que concluyó con la victoria prusiana en Sadowa. Siguió inmediatamente la victoria sobre los franceses en Sedán que dio lugar a la proclamación del *Deutsches Reich* en 1871, nada menos que en las salas del palacio de Versalles. En todo ello tuvo un lugar preeminente la dinastía de los Hohenzollern, que ya había engrandecido Prusia durante los dos siglos anteriores[5]. Asumió ahora, en la nueva dimensión federal-imperial que adoptó el constitucionalismo alemán –al que también los "liberales", guiados por Bismark, habían proporcionado pleno apoyo–, el papel de intérprete del nuevo período incluso en la dimensión "social" que acabamos de ver.

La situación de Francia es diferente una vez más, también a causa de la derrota –ya mencionada– que sufrió el ejército francés en Sedán por obra de los prusianos. Tras el intenso período de 1848, pronto admirado precisamente por Stein que hacía entonces una estancia en París[6], el fuego volvió a arder en 1871 y dio lugar a la *Commune* parisina que, durante mucho tiempo, fue el espantajo de las clases dirigentes europeas pero también la ocasión para un experimento político que aún no se había visto en el mundo "constitucional": el del cesarismo republicano, e inmediatamente después imperial, representado por Luis Bonaparte[7]. La III República que de ello surgió mostró ser uno de los períodos más felices de la historia constitucional francesa en el que no solo pareció que se aplacaban las turbulencias que habían acompañado normalmente el camino

5 O. Hintze, *Die Hohenzollern und ihr Werk, Fünfhundert Jahre vaterländischer Geschichte*, Berlin 1915.

6 L. von Stein, *Der Sozialismus und Kommunismus im heutigen Frankreich*, Leipzig 1842; *Die sozialistischen und kommunistischen Bewegungen seit der dritten französischen Revolution*, Stuttgart 1848; *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 vols., Leipzig 1850.

7 I. Cervelli, *Rivoluzione e cesarismo nell'Ottocento*, Torino 2004.

posrevolucionario (y restaurador) en Francia, sino que también tomaron forma conceptos e ideales políticos de gran interés para otros países, europeos o no.

El constitucionalismo, como "discurso político", manifestó una gran eficacia para entusiasmar por su capacidad de ser –también– un sistema de comunicación, con la posibilidad añadida de modificar, según las circunstancias, el "código" propio en relación con los sujetos a quienes iba dirigido. Así pues, además de los aspectos legislativos y ejecutivos que lo caracterizaban, se estudiaría la capacidad para "comunicar" que a menudo, dependiendo de los países, inundó el aspecto "ideológico".

Esto atañe, en primer lugar, al efecto que el constitucionalismo produjo en la necesidad de la sociedad civil de organizar y manifestar sus propios intereses. Estoy convencido de que el constitucionalismo alcanzó aquí uno de sus mayores éxitos al saber extraer de sí mismo materiales y formas adaptados a este fin. Pero debo precisar una vez más que la interpretación que estoy ofreciendo de todo el fenómeno está muy influenciada por la experiencia de mi propio estudio, que se ha detenido durante años en el examen en concreto del caso alemán. Sin embargo algunas visiones recientes, más rápidas y circulares, de otras situaciones me animan a proponer una interpretación que, en sus líneas generales, debería tener valor europeo, manteniendo también la coherencia con el enfoque que, desde el principio, he querido dar a mi estudio del constitucionalismo como discurso político común al pensamiento constitucional europeo.

Uno de los elementos que han de subrayarse consiste en la antigua fórmula del "bien común" que, desde la Edad Media, acompañó los cambios para adaptar la política a las exigencias de la época[8]. A él siguieron refiriéndose también, con todas las actualizaciones necesarias, las nuevas ciencias sociales (derecho, estadística, economía, sociología) que crecían con fuerza en todas partes, bien como disciplinas científicas, bien como materias de enseñanza académica para la preparación de los empleados públicos de alta graduación, bien incluso para la formación de la clase dirigente de la burguesía.

8 P. Schiera, «Dal ben comune alla pubblica felicità. Appunti per una storia delle dottrine», en H. Keller/W. Paravicini/W. Schieder (eds.), *Italia et Germania. Liber Amicorum Arnold Esch*, Tübingen 2001, pp. 113-131; Íd., «Gemeinwohl in Italien und Deutschland von der konstitutionellen Ära bis zum Totalitarismus. Schlagwort, politische Praxis oder Lehre?», en C. Dipper (ed.), *Deutschland und Italien 1860-1960. Politische und kulturelle Aspekte im Vergleich*, München 2005, pp. 69-105.

Este viraje en sentido material (para el bienestar de los súbditos) del constitucionalismo también tocó de cerca al Estado por los problemas que, desde el punto de vista operativo, atañían a los aspectos técnicos vinculados a su capacidad para las prestaciones administrativas, tanto en términos económicos como jurídicos. Pero desde un punto de vista más general, estaban implicados los propios fundamentos de su legitimación, que ya no podían agotarse en argumentos de tipo ético e histórico dependiendo de las diferentes tradiciones nacionales tanto de derecha como de izquierda, sino que debían buscar otros argumentos más populares, relacionados con las expectativas crecientes de las masas[9]. En efecto, la combinación de los dos factores hizo que tanto el Estado como la sociedad civil alcanzasen un carácter más "social", que sustituyó al civil-burgués que había caracterizado todo el período entre la "gran" revolución y las más "pequeñas" de mediados del siglo XIX. No se trató solo de una cuestión terminológica o ideológica pues entre sus contenidos más importantes estaba la toma de conciencia de que en la propia sociedad se encontraba la fuente de los conflictos sociales; Lorenz von Stein fue el primero en expresarlo al estudiar tanto la cuestión francesa como la alemana y, en particular, en su exposición de la monarquía Hohenzollern como una "monarquía social"[10].

Pero entonces ¿de qué constitucionalismo se trataba en esta nueva fase que siguió a la rigurosamente "legal" expresada en la fórmula, sobre todo teórica pero también práctica, del Estado de derecho?

En Alemania sobre todo, ante la presión de la cuestión social, el liberalismo perdió el contacto con la realidad social e incluso con la monarquía, que se definía cada vez más en sentido "administrativo". Por ello decreció la íntima conexión que el propio constitucionalismo había mantenido hasta entonces con el liberalismo, y este, tras haber alcanzado el objetivo de la unificación nacional, ya no supo retomar su ideal primero de libertad, vencido por las exigencias de igualdad y de asistencia social

9 G. Gozzi, *Democrazia e diritti in Germania dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Bari 1999.

10 R. Gherardi/P. Schiera, «Von der Verfassung zur Verwaltung: bürgerliche Staatswissenschaft in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung», en E.V. Heyen (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt am Main 1984.

que venían desde abajo: degeneró así en una versión ecléctica y oportunista, abierta a todo con tal de sobrevivir[11].

Respecto a ello, se produjo en cambio un crecimiento de los partidos de masas, favorecido por el inesperado retorno al escenario político de las fuerzas católicas que se habían retirado durante la breve fase de hegemonía liberal. Este fue también un fenómeno europeo, desde Bélgica hasta Francia, Austria e Italia, por no hablar de Alemania, y en todas partes la doctrina social del "bien común" representó un posible hilo conductor para comprender esta trans-mutación del constitucionalismo en sus diferentes aspectos, tanto ideológicos y doctrinales como operativos e institucionales, como incluso en el plano –cada vez con mayor impacto– de los conflictos sociales[12].

El paso a un constitucionalismo postliberal, vinculado también a la transformación de la doctrina de los derechos humanos en una doctrina más centrada en las expectativas sociales, se tradujo, en el plano institucional, en la superación del Estado de derecho por parte del Estado social[13]. En síntesis, el Estado de derecho se fundaba en la función del derecho como fuerza –cultural e institucional– de legitimación del poder constituido. Y ello en la doble alternativa de la pretensión del monopolio estatal en lo "público", por una parte, y, por otra, de la necesidad de tutela de los sujetos que actuaban en lo privado (ciudadanos) como titulares exclusivos de los derechos constitucionales. Con el Estado social, en cambio, fue más bien la administración, como realidad ejecutiva, la que adquirió el significado de instrumento principal de la actividad del Estado para realizar sus tareas y sus objetivos. Desde luego esto no sucedía fuera del derecho –que, al contrario, precisamente para ello se enriqueció con una nueva rama muy importante y resolutiva: la del derecho administrativo– pero comportaba una disminución evidente de la pretensión del derecho de agotar en sí mismo la legitimación del poder[14]. Desde la famosa definición de Stein de la administración como "constitución viva" hasta

11 D. Langewiesche, *Liberalismus in Deutschland*, Frankfurt am Main 1988.

12 Para una visión general, véase la voz de Giovanni Tarello, "Corporativismo", en A. Negri (ed.), *Scienze politiche I (Stato e Politica)*, Milano 1970, pp. 68 ss.; para un estudio sobre la persistencia del tema aún en la época nacionalsocialista, véase. M. Stolleis, *Geneimwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974.

13 D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main 1991.

14 L. Lacchè, *Il costituzionalismo liberale*, en prensa en uno de los volúmenes de Treccani sobre la cultura jurídica en Italia.

la afirmación de Otto Mayer de que “el derecho constitucional cambia y el administrativo permanece” se extiende un camino a lo largo del cual el tema del bien común se vincula a los de la ampliación de las tareas estatales y de la correspondiente capacidad de prestación de la administración pública[15]. Como se ve una vez más, recurro a Alemania para aportar algún comentario, pero es cierto que, por lo que respecta a la atención al fenómeno administrativo, los estudiosos franceses no fueron en realidad menos importantes mientras –como se verá rápidamente más adelante– el influjo de ambas doctrinas produjo efectos también en otros países.

En suma, no parece fuera de lugar considerar la idea general de “bien común” como la base de una doctrina política capaz de mantener unida la instancia unitaria y centralista de la monarquía y del estrato burgués al que esta representaba, por una parte, con la tendencia comunitaria y popular, reformista e igualitaria, por otra, en el camino hacia la consolidación del constitucionalismo maduro (y social) de finales del siglo XIX.

Mi antigua opinión de que la cuestión “social” pudiera entenderse también como una cuestión “burguesa” me parece que se confirma en esta fase que representó, simultáneamente, el breve espacio de dominación efectiva de la burguesía como clase y la incubación material de su peor enemigo, precisamente de clase: el proletariado, que pretendía incluso cambiar el mundo –y a sí mismo en el mundo– con la revolución, pero que no consiguió evitar, del mismo modo y con las mismas culpas que su antagonista burgués, la vorágine de la de-generación totalitaria del Estado en el siglo XX.

Este me parece ser el sentido último de la cuestión social que, de hecho, puede considerarse como la auténtica bandera de la segunda mitad del siglo XIX (ondeando, a merced del viento, hacia una u otra parte en el escenario de clase). Quiero decir que esta no afectó solo a los estratos subalternos, empujados por los efectos de la revolución industrial a pedir y a exigir la atención a sus necesidades, tanto materiales y sociales como representativas y políticas; afectó también a la burguesía, por la necesidad que esta tenía de no sucumbir ante las presiones del proletariado, a su parecer subversivas, recurriendo a medidas tanto legislativas como administrativas.

15 Rudolf Smend, «Der Einfluß der deutschen Staats- und Verwaltungslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung» (1939), en Íd., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsäze,* 1955, pp. 326 ss.

Ello condujo a una expansión inesperada del Estado y de sus funciones, en particular de la administrativa, vista la creciente propensión del parlamento más a discutir que a decidir. Esto fue solo una aparente contradicción, pues en realidad siempre había sido mérito del constitucionalismo el favorecer la conciliación de las fuerzas sociales en juego a tenor de la valoración de las respectivas necesidades. Quizá no estaba previsto que surgiera de ello un refuerzo de las estructuras estatales que parece oponerse al principio "limitativo" del Estado (*laisser faire, laisser passer*) inscrito en la lógica genética del constitucionalismo; pero le sirve de contrapeso (y explica su lógica real) la excepcional ampliación de la base social y política de la población destinada por los nuevos sistemas electorales constitucionales a pretender y a expresar una representación cada vez mayor.

Esa politización pasó a través de un filtro prioritario y fundamental, el de la opinión pública. También remiten a ella naturalmente las ideologías, que representan el otro registro en el que sonó la marcha triunfal del constitucionalismo, además del de la renovación institucional (a través del binomio parlamento y administración pública). Nunca como en esta época adquirió tanta importancia el "discurso público", compuesto de valores y de principios, a través de un intenso debate articulado entre el arraigo popular de estos últimos –mediante un incisivo "adoctrinamiento" ideológico– y la aplicación administrativa de los mismos –previa actuación deliberante del parlamento–. Por este motivo insisto tanto en estas páginas en el movimiento de compenetración entre la ciencia, la doctrina y la opinión pública. Será esta, finalmente, la trama fundamental de esta fase culminante del constitucionalismo europeo. Pero una trama que había comenzado a aparecer con el primer constitucionalismo, en concomitancia con el nacimiento de lo "público" y tras llevarse a cabo mediante la policía ilustrada el famoso "arte de gobierno" de los siglos XVII y XVIII[16], en el momento en que se inició la ambiciosa vía de las "ciencias sociales" (desde la economía con Adam Smith al derecho con Savigny y con el prodigioso desarrollo de las diferentes Escuelas históricas, y a la sociología a partir de Comte pero con las enormes variaciones de un Lorenz von Stein o de un Tocqueville; por no hablar de la historiografía, por muchas razones la reina de todas estas célebres "ciencias de la experiencia", *Erfahrungswissenschaften*, como las llaman los alemanes).

16 M. Foucault, *Dits et* écrits *1954-1988*, Paris 2001, 2 vols., II, pp. 719 ss.

Ejemplo de ello es la Alemania imperial, habitualmente tomada en consideración, durante su periodo bismarckiano, solo por el carácter militar y policial de su sistema político. He aquí las palabras con las que Gustav Schmoller recordaba, veinte años después, la fundación de la célebre Asociación para la Política Social (*Verein für Socialpolitik*): «Durante los primeros días de octubre de 1872 se reunió en Eisenach un gran número de hombres de todos los partidos políticos para una consulta sobre las cuestiones sociales más importantes de la época, desde la legislación sobre las fábricas a las asociaciones sindicales y a la cuestión de la vivienda». Se trataba de un acuerdo de síntesis que se remontaba a los años de la fundación industrial de la Alemania moderna, antes de la unificación política. Se expresaba en él el reconocimiento de una nueva estructura social –incluso con la participación de diferentes partidos– que aparecía como una concausa pero también como el resultado del excepcional progreso técnico y económico que se había producido: «los problemas sociales llamaron a la puerta de la legislación, el moderno estrato obrero alcanzó la autoconciencia»; de aquí la gran necesidad de «nuevos ideales y nuevos ordenamientos e instituciones». Con esta finalidad, uno de los instrumentos fue la Asociación (*Verein*), que asumió una posición intermedia entre la herencia del radicalismo y del republicanismo de los años 40 y 50 y los liberales conservadores seguidores de la escuela de Manchester. Sus objetivos no eran ni revolucionarios ni utópicos: «Solo queríamos mostrar, a la luz de la ciencia, el camino de la praxis, instruyendo a la patria y a nosotros mismos sobre aspectos específicos y concretos de las cuestiones sociales y de las reformas, dando audiencia, en la lucha diaria entre los distintos intereses y pasiones, a la justicia, a la razón y a la ciencia». Todo ello con vistas a una posible "paz social" y gracias al nuevo método de someter las diferentes cuestiones sociales al criterio del bienestar general (*allgemeinen Wohlfahrt*)[17].

Estos son temas cruciales que atañen a problemas internos de historia de la ciencia, en particular de la ciencia económica que capitaneaba Schmoller como cabeza de la Escuela histórica de la Economía de segunda generación y del llamado "socialismo de cátedra" (*Kathedersozialismus*).

17 G. Schmoller, «Der Verein für Socialpolitik und die soziale Reform», en Íd., *Zur 25jährigen Feier des Vereins für Socialpolitik (1897-1917). Aufsätze und Vorträge*, München/Leipzig 1920, pp. 43-49 (publicado originariamente en la *Tägliche Rundschau* del de 16 septiembre de 1897).

Son temas sobre los que se habría desarrollado también la polémica de Max Weber y Werner Sombart contra Schmoller; y, en general, son temas que –como ya he adelantado– perderán significado con la crisis del constitucionalismo en la que la propia ciencia económica –más aún que el derecho– adoptará formas cada vez más contrarias al idealismo[18].

En esta línea –en la que he profundizado en otro lugar y para otras disciplinas que se van especializando en el seno de las ciencias sociales y del estado (*Sozial- und Staatswissenschaften*)[19]– no puedo dejar de establecer un paralelo con Italia, para tratar de mostrar también el papel de modelo que en aquel período representaba Alemania, con su ciencia alemana (*Deutsche Wissenschaft*), para toda Europa; así como para señalar el significado que tuvo también para un país periférico como Italia la transformación del constitucionalismo liberal en un sentido a la vez "material" y "científico".

En Italia, a través de Bismarck, se admiraba la característica de Alemania de un gobierno estable y seguro en el que las diferentes fuerzas sociales habían encontrado unidad y moderación, gracias también al clima cultural y científico que le había precedido y acompañado. Se estableció así la idea de la modernidad alemana, en particular por lo que se refería al Estado y a su funcionamiento[20]. Esto se trasladó también al plano de la imitación científica, sobre todo en el terreno económico y jurídico, con autores importantes que se consagraron a una comparación crítica, dando lugar a un movimiento que se llamó "germanismo económico"[21], cuyos dos puntos sobresalientes consistían en apoyar la legitimidad de la intervención estatal en la economía (contra las posiciones rígidas de los liberales, que estaban por el principio del *laiser faire, laisser passer*) y en recordar el peso del «proceso ético como factor interno de las leyes económicas», razón

18 P. Schiera/F. Tenbruck (eds.), *Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller in seiner Zeit: die Entstehung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien*, Bologna/Berlin 1989; P. Schiera/M. Bock-H. Homann (eds.), *Gustav Schmoller oggi: lo sviluppo delle scienze sociali in Germania e Italia / Gustav Schmoller heute: die Entwicklung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien*, Bologna-Berlin 1989.

19 P. Schiera, *Il laboratorio*, cit.

20 F. Chabod, *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896*, Bari 1990.

21 Desde Luigi Cossa a Giuseppe Ricca Salerno y a Antonio De Viti De Marco, desde Paolo Emiliani Giudici a Giuseppe Toniolo: véase, en general, R. Faucci, *La scienza economica in Italia, 1850-1943: da Francesco Ferrara a Luigi Einaudi*, Napoli 1981.

por la cual el Estado acababa por convertirse en «uno de los mayores y más significativos factores de producción», como no dudó en decir Fedele Lampertico. Mientras Vittorio Cusumano, en un ensayo de 1875 con el significativo título de "Las escuelas económicas de Alemania en relación con la cuestión social", afirmaba que la posición de la ciencia económica se situaba a medio camino entre el individualismo económico y el socialismo, a favor de una «idea moderna de Estado» que debía entenderse como «ordenamiento jurídico social», como se deducía precisamente del «proceso ético» tan presente en la producción de Gustav Schmoller[22].

Como es sabido, ni en Italia ni en Alemania hubo –tras sus respectivas unificaciones– nuevas cartas constitucionales, de modo que su constitucionalismo se desarrolló más en el plano de la evolución material que en el plano formal. Pero no faltó en ninguno de los dos países una gran especulación teórica que representó, sobre todo en Italia, un papel importantísimo en la construcción de una conciencia constitucional cada vez más amplia de la unificación que se había producido, y dio también instrumentos técnicos al nuevo Estado para organizar su capacidad de intervención. Quizá pueda hablarse en ambos casos de una especie de "constitucionalismo interno", es decir, que se movió en el seno del sistema constitucional ya existente, un poco como cuando se habló para Alemania de una "constitución interna del Imperio" realizada –por obra de grandes publicistas como Paul Laband– con el apoyo y a la sombra de la constitución bismarkiana de 1871. En Italia, este papel lo representó sobre todo Vittorio Emanuele Orlando[23].

Muchos fueron los temas sobre los que se desarrolló el encuentro (y naturalmente también el desencuentro) de los sujetos implicados.

22 V. Cusumano, *Le scuole economiche della Germania in rapporto alla questione sociale*, Napoli 1875. Es particularmente interesante, por lo que a Italia se refiere, el hecho de que esta orientación general de las "ciencias sociales" en el último cuarto del siglo XIX se vinculase a los problemas de la fundación del nuevo Estado unitario. En el esfuerzo de reinterpretación histórica que se remonta al pasado medieval italiano de las ciudades primero libres y luego señoriales, no es casual que hiciera referencia a la obra que Simonde de Sismondi había dedicado a Italia, escribiendo la *Histoire des Républiques italiennes au Moyen Age* (véase nota 9 de la Introducción).

23 A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009; S. Cassese, «"Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen rechts". La "rivoluzione scientifica" di Vittorio Emanuele Orlando», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 41 (2011), pp. 305-318.

Temas viejos y temas nuevos, pero siempre necesitados de adaptación a la vertiginosa mudanza de los tiempos. No se puede hablar aquí de ello, empezando por la cuestión electoral, que era evidentemente importante para la transformación del sistema monárquico de simplemente constitucional en parlamentario. Pero es obvio que ese aspecto –aun con una predominante dimensión iuspublicista, con todas sus implicaciones técnicas– también tenía su origen en la rápida evolución en un sentido democrático de los países europeos en la vida pública políticamente organizada. En temas como este, la historia del "pensamiento constitucional" y del propio constitucionalismo siguen mostrando su significado predominante de discurso político.

En efecto, el "discurso" se basa en momentos cognitivos fuertes que, a lo largo del siglo XIX, accedieron inevitablemente a las posiciones positivistas de la ciencia. Gracias a ella el constitucionalismo se separó de todas las otras corrientes de pensamiento y de acción que le habían precedido en la historia constitucional europea. Gracias a la ciencia el constitucionalismo consiguió una enorme capacidad de intervención en los problemas a los que debía enfrentarse. Por ejemplo, recurrió constantemente al nuevo instrumento de investigación estadístico-sociológico de la encuesta, para garantizar, con una observación regular y científica, la recogida constante de las necesidades crecientes; y, por eso, estuvo preparado para recurrir a técnicas cada vez más refinadas de intervención para encontrar y dar respuesta a aquellas[24].

Pero en mi opinión, de este modo, el constitucionalismo se fue enfriando, fue perdiendo contacto con los valores propios de las fuerzas políticas de las que era expresión y a las que, por lo tanto, debía servir. Quiero decir que quizá, precisamente a través de la ciencia, el constitucionalismo fue perdiendo esa extraordinaria capacidad de adaptación y de transformación que demostró durante todo el siglo XIX. Si a esto se añade que, a finales de siglo, incluso las propias fuerzas políticas que habían formulado el constitucionalismo manifestaron síntomas de debilidad y perdieron combatividad, ahogadas por el potente crecimiento de la población política "de masas" en todos los países europeos[25], se entiende que el final del constitucionalismo como "discurso político" no estuviera lejos.

24 P. Wagner, *Sozialwissenschaften und Staat: Frankreich, Italien, Deutschland 1870-1980*, Frankfurt am Main 1990.

25 M. Cioli, *Pragmatismus und Ideologie. Organisationsformen des deutschen Liberalismus zur Zeit der Zweiten Reichsgründung (1878-1884)*, Berlin 2003.

Pero como, entretanto, las necesidades sociales no disminuían sino que aumentaban y, con ellas, la pretensión del Estado de darles respuesta a través de su administración "pública", se entiende igualmente que la desaparición de la influencia ideológica y de los valores que representaba el constitucionalismo junto al aumento de la capacidad técnica de prestación administrativa del Estado[26] terminaran por formar una mezcla terrible hecha de fuerzas de intervención y de debilidad ideológica, una mezcla que, al explotar, fue una de las causas principales no solo del final del constitucionalismo sino también del nacimiento –en toda Europa pero también con cierto eco incluso al otro lado del Atlántico– de las tentaciones y de los experimentos totalitarios.

He de decir que todos estos son los elementos con los cuales puede construirse y desarrollarse una historia del pensamiento constitucional de mediados del siglo XIX, en torno a la construcción del Estado liberal parlamentario representativo que desearía convertirse también en democrático pero que, al hacerlo, produce tal presión sobre la expansión de las necesidades y de las expectativas sociales que engendra en su seno la "cuestión social" y la lucha de clases.

Pero existe otro resultado "externo" de la segunda revolución industrial: la evolución en sentido imperialista de la colonización y de los viejos Imperios. Esto produjo una fuerte internacionalización de la política a la que el "sistema" de Estados nacido de Viena vio cada vez más difícil dar respuesta. En primer lugar, como siempre, estaba Gran Bretaña; pero Alemania, unificada en el Imperio (*Reich*), pronto supo tomar el camino acertado para completar su transformación en "gran potencia", comenzando incluso una competición con los ingleses en el terreno marítimo (*Flottenfrage*). Esta fue la señal decisiva del final del "concierto de naciones" surgido del Congreso de Viena y del nacimiento de una nueva música, plagada de disonancias nunca escuchadas hasta entonces, que abrirían el camino a una política de carácter (¡de envergadura!) mundial. Dos guerras con este nombre –más una tercera, más larga, que hemos preferido llamar "fría"– acompañaron fielmente, durante el siglo XX, al nacimiento de la "globalización política".

Pero no es esto lo que debe interesarnos aquí, aunque sea necesa-

26 P. Schiera, «Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts als Grundstruktur des modernen Konstitutionalismus», en *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. IV, *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, ed. de A. von Bogdandy/S. Cassese/P.M. Huber, Heidelberg 2011, pp. 399-424.

rio recordar el vínculo entre la base estructural económica, la respuesta estructural interna de los Estados y el cambiante marco estructural internacional. De hecho, todo ello produce reacciones incluso en el plano que estamos examinando, es decir, en el conjunto institucional y doctrinario que –basándose en el análisis científico a través de la circulación de la opinión pública– atañe a la vida diaria de los hombres normales. En definitiva, interesa preguntarse si, con los resultados de los que estamos hablando, puede seguir el constitucionalismo aspirando al calificativo de discurso político que le hemos atribuido en su época culminante, desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del XIX.

Los más recientes estudios de relaciones internacionales tratan de fijar el momento en el que pudo comenzar la globalización. Sus raíces se perciben a menudo precisamente en el periodo del constitucionalismo en declive del que estamos hablando, coincidiendo con la desaparición del "concierto europeo de naciones" que mantuvo el equilibrio en Europa y aseguró la paz global durante sesenta años. Bien se trate de las guerras prusianas anteriores a la fundación del Imperio alemán (*Reichsgründung*), o de las que condujeron a la independencia y a la unificación de Italia, el hecho es que en ese cuarto de siglo el panorama internacional sufrió una sacudida decisiva que, para Carl Schmitt, correspondió incluso al final de la experiencia multisecular del *ius publicum europaeum*.

A partir de la ampliación del marco internacional, el pensamiento constitucional entre 1848 y 1879 sería estudiado también bajo el aspecto de la consolidación de las ideas y de los movimientos nacionalsocialistas en el interior de los Estados; pero sin dejar de lado la creciente tendencia imperialista impuesta en particular por la expansión británica. Sobre todo porque esta fue la vía a través de la cual se produjo la exportación a otras partes del mundo de los conceptos básicos del constitucionalismo. Pero este "puente colonial" hizo que a los principios del constitucionalismo occidental se sumase esa carga tan pragmática y decididamente administrativa que la "necesidad de constitución" del siglo XVIII –de la que hemos partido en nuestra reconstrucción del constitucionalismo– había querido sin embargo abandonar, haciendo de ella el principal enemigo (identificado en el poder ejecutivo del monarca) contra el cual había que combatir y hacer la revolución.

Esta será también la diferencia en el futuro próximo. Y por eso es cada vez más urgente someter también a un tratamiento de "historia

constitucional” las evoluciones más recientes del pensamiento y de la praxis de la vida en común que, en el horizonte global en el que nos encontramos, se van consolidando casi dondequiera. Me refiero en particular a todas las experiencias en distintos niveles de regulación y control de las acciones y de las prestaciones colectivas (micro y macro) que se designan como gobernanza (*governance)*.

Índice onomástico

Nota sobre el autor

Pierangelo Schiera (Como 1941) fue discipulo de Gianfranco Miglio en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán (donde en 1963 se graduó en Derecho) y comenzó su especialización en la Fundación Italiana para la Historia Administrativa de Milán.

Fue profesor ordinario de Historia de las doctrinas políticas en la facultad de Ciencias políticas de la Universidad de Bolonia, donde consiguió en 1975 la cátedra de esa materia; desde 1977 enseñó la misma asignatura en la facultad de Sociología de Trento, de la que fue en dos ocasiones Decano.

Colaboró durante mucho tiempo con Paolo Prodi en el Instituto histórico italo-germánico de Trento; dirigió “per chiara fama”, desde 1994 hasta 2001, el Instituto Italiano de Cultura de Berlín.

Desde noviembre de 2006 es profesor emérito. Actualmente preside la Fundación Roberto Ruffilli de Forlì y colabora en la Escuela superior “Giacomo Leopardi” de la Universidad de Macerata. Vive y trabaja en Fano, Roncosambaccio 126, I-61032 Italia (schiera@me.com).

Entre su publicaciones –además de numerosos artículos, voces de diccionario, introducciones y ediciones de volúmenes colectivos– sobrelasen:

– *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco,* Milano 1968.

– *Lo Stato moderno,* 3 vols. (editados junto a Ettore Rotelli), Bologna 1971-73.

– *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento,* Bologna 1987 (trad. alemana 1991).

– *Specchi della politica. Melancolia, socialità e disciplina nell'Occidente moderno,* Bologna 1999.

– *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna 2004.
– *Melancolia tra arte e società*, Urbino 2005.

Ha traducido del alemán obras de grandes estudiosos de historia constitucional alemanes, como: Otto Hintze, Otto Brunner, Gerhard Oestreich, Carl Schmitt, Ernst-Wolfgang Böckenförde, facilitando la difusión de las diferentes metodologías en la cultura historiográfica italiana.

Dirige la revista electrónica *Scienza & Politica*, editada por la Universidad de Bolonia.

Actualmente se ocupa de temas cruciales para la historia y el desarrollo de la política en Occidente:

– la historia del constitucionalismo europeo desde el siglo XVII a la actualidad;

– el estudio de la melancolía, como condición humana de infelicidad y asociabilidad y como punto de partida para la amplia acción de disciplinamiento (y civilización) a través de la cual se ha instaurado, durante todo el segundo milenio, el discurso –típicamente occidental– de política, del cual los dos fenómenos del Estado moderno y de la constitución democrática han sido las expresiones más significativas en la actualidad;

– la definición historiográfica de la medida, como clave de lectura de la específica capacidad de adaptación al tiempo histórico que la civilización política europea ha sabido elaborar, produciendo tanto en el plano doctrinal como en el institucional una mezcla dominante de racionalidad y capacidad de desafío que ha permitido la supremacía de la que hasta ahora ha podido gozar el mundo Occidental.

Profesor visitante de numerosas Universidades extranjeras, ha sido Fellow del *Wissenschaftskolleg* de Berlín en el año académico 1982-83 y de otros renombrados institutos de investigación internacionales y es desde 1996 Profesor honorario de la *Humboldt-Universität* de Berlín. Por sus méritos científicos y organizativos en la promoción de las relaciones culturales entre Alemania e Italia obtuvo en 2001 del Presidente de la República Federal Alemana la Gran Cruz del Orden al Mérito de la República Federal Alemana.

En el año académico 2011-2012, ha disfrutado de una Cátedra de Excelencia en la Universidad Carlos IIII de Madrid.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/5669

2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/8517

3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/10145

4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/10488

5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/11865

6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/12735

7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
   http://hdl.handle.net/10016/12762

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
http://hdl.handle.net/10016/12823

9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
http://hdl.handle.net/10016/13028

10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
http://hdl.handle.net/10016/13565

11. Pierangelo Schiera, El constitucionalismo como discurso político, Madrid 2012, 144 pp.
http://hdl.handle.net/10016/13962